

البناية شرح الهداية

تأليف

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين
المعروف ببدر الدين العيني الحنفي
المتوفى سنة ٨٥٥ هـ

تحقيق

أيمن صالح شعبان
مدير مركز تحقيق النصوص

الجزء العاشر

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف . شارع البحتري . بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ . ٣٦٦١٣٥ . ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ . ١١ بيروت . لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2210-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح

قال: الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، وصلح مع سكوت، وهو: أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر، وصلح مع إنكار، وكل ذلك جائز؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾ (النساء: الآية ١٢٨)،

م: (كتاب الصلح)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الصلح بأنواعه، وجه المناسبة بين الكتابين من حيث إن في الإقرار ترك المخاصمة وهو صلح بعينه. قال الجوهري: الصلاح ضد الفساد، يقول صلح الشيء يصلح صلوحًا مثل دخل يدخل دخولاً.

قال الفراء -رحمه الله-: وحكى أصحابنا صلح أيضًا بالضم، والصلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة، واسم الصلح يذكر ويؤنث وقد اصطلحا وتصالحا وهما اصّلحا أيضًا مشددة الصاد، ويقال الصلح اسم للمصالحة، بخلاف المخاصمة.

وفي «اصطلاح الفقهاء»: عقد وضع لرفع المنازعة، وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه، وشرطه كون المصالح عنه يجوز الاعتياض عنه، وله تفصيل سيأتي إن شاء الله عز وجل، وركنه الإيجاب مطلقًا والقبول فيما يتعين بالتعيين، وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قد فعلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه، لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط، وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرًا كان الخصم أو مقرًا، وأنواعه مذكورة في الكتاب وجوازه بقوله تعالى: ﴿ **والصلح خير** ﴾ (النساء: الآية ١٢٨) والحديث المذكور في الكتاب.

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - م: **(الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، وصلح مع سكوت، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر، وصلح مع إنكار، وكل ذلك جائز)** ش: وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله -، وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يجوز إلا مع الإقرار.

وفي «التحفة»: الصلح مع إنكار لا يجوز عند ابن أبي ليلى، وهو قول الشافعي - رحمه الله - ويجوز الصلح أيضًا عند سكوت المدعى عليه عند ابن أبي ليلى كمذهبنا، وقال الشافعي: لا يجوز م: **(لإطلاق قوله تعالى: ﴿ والصلح خير ﴾ (النساء: الآية٢٨))**.

فإن قيل: النكرة إذا أعيدت معرفة كان الثاني غير الأول، فإن الآية سيقت في الصلح بين الزوجين بدليل سياق الآية ﴿ **وإن امرأة خافت** ﴾ ... **الآية**.

ولقوله عليه الصلاة والسلام : «كل صلح جائز فيما بين المسلمين ،إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » . وقال الشافعي -رحمه الله - : لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا ، وهذا بهذه الصفة ؛ لأن البدل كان حلالاً على الدافع حرامًا على الآخذ فينقلب الأمر . ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة . ولنا ما تلونا من الآية وأول ما روينا وتأويل آخره

قلت : قال في « الأسرار » : في قوله ﴿ والصلح خير ﴾ كلام مستقل بذاته ، فلا يربط بسببه .

م: (**ولقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي ولقول النبي ﷺ م: (**كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً**) ش: الحديث رواه الترمذي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: « **الصلح جائز إلى آخره** »[1] وزاد الترمذي: «والمسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالا » ، وقال : حديث حسن صحيح .

م: (**وقال الشافعي : لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا**) ش: وهو الحديث المذكور ، وهو يستدل بآخر الحديث م: (**وهذا**) ش: أي الصلح على الإنكار م: (**بهذه الصفة ، لأن البدل كان حلالاً على الدافع حرامًا على الآخذ فينقلب الأمر**) ش: أي يصير حرامًا على الدافع حلالاً على الآخذ .

م: (**ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة**) ش: وقد لعن الشارع الراشي والمرتشي .

م: (**ولنا ما تلونا من الآية**) ش: من غير فصل م: (**وأول ما روينا**) ش: وهو قوله عليه السلام: «**كل صلح جائز بين المسلمين** » فإنه بإطلاقه يتناول الصلح مع الإنكار والسكوت م: (**وتأويل آخره**) ش: أي آخر الحديث ، وهو قوله :إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً م: (**أحل حرامًا بعينه**

---

(١) ضعيف جدًا : رواه الترمذي في الأحكام - باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (١٣٥٢) ، وقال : حديث حسن صحيح ، ورواه ابن ماجة في «الأحكام » - باب الصلح ص ١٧١ ، والحاكم في الأحكام (٤/ ١٠١) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده . . . . مرفوعًا .

قال الذهبي : هو حديث واه .

قلت: وهو كما قال ، وآفته كثير بن عبد الله ، قال فيه أحمد : منكر الحديث، ليس بشيء ، وقال ابن معين : ليس بشيء ، وقال أبو زرعة : واهي الحديث ليس بشيء ، وقال الشافعي : ذاك أحد أركان الكذب ، وقال ابن حبان : روى عن أبيه عن جده نسخة موضوعة لا يحل ذكرها في الكتب ولا الرواية عنه إلا على جهة التعجب .

أحل حراماً بعينه كالخمر أوحرم حلالاً بعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه ؛ لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً ؛ إذ المال وقاية الأنفس ، ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز . قال : فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع ، وهو مبادلة المال بالمال ، في حق المتعاقدين بتراضيهما ، فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه

كالخمر ، أو حرم حلالاً بعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) ش: أي كالصلح مع امرأته أن لا يطأ ضرتها أو أمته . وهذا النوع من الصلح باطل عندنا .

م: **(ولأن هذا)** ش: دليل آخر ، أي ولأن هذا الصلح مع الإنكار م: **(صلح بعد دعوى صحيحة)** ش: ولهذا يستحلف المدعى عليه م: **(فيقضي بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضًا عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع)** ش: لا حرج عينا .

م: **(والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا مشروع أيضًا ؛ إذ المال وقاية الأنفس)** ش: والناس يحتاجون إلى هذا الصلح لقطع المنازعات ودفع الخصومة .

ولهذا قال الشيخ أبو منصور الماتريدي : لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس مثل من عمل في إبطال الصلح على الإنكار لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس ، كذا في « المحيط » .

م: **(ودفع الرشوة)** ش: هذا جواب عن قوله وهذا رشوة ، تقريره أن دفع الرشوة إلى ظالم م: **(لدفع الظلم أمر جائز)** ش: لأن المال خلق لصيانة الأنفس .

وقال محمد : فهذا لا بأس به ، وليس هذا سحت إلا على من أكله ، فأما من أعطاه لمنفعة في دار الإسلام أيضًا ، أي رشى إنسانًا يخاف ظلمه وحبسه فلا بأس بذلك، ويكره للمرتشي .

ونقل أبو الليث عن أبي يوسف - رحمه الله - جواز المصالحة للأوصياء في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب ، وبه يفتى .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع)** ش: أي الصلح م: **(عن مال)** ش: أي عن دعوى مال م: **(بمال لوجود معنى البيع ، وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما)** ش: فإذا تحقق فيه معنى المبيع م: **(فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه)** ش: إذا كان الصلح خيار الرؤية ويشترط ، أي ويثبت فيه أيضًا م: **(خيار الشرط والرؤية ويفسده)** ش: أي ويفسد الصلح م: **(جهالة البدل ، لأنها هي المفضية إلى المنازعة**

خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل . وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة . قال : والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا . ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما

دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط) ش: أي لأن المصالح عنه يسقط كما يقول السفراء بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال الشافعي : يفسد جهالة المصالح عنه أيضًا كما في البيع .

م: **(ويشترط القدرة على تسليم البدل)** ش: حتى لو صالح على عبد آبق لم يصح م: **(وإن وقع)** ش: أي الصلح م: **(عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها)** ش: ولهذا كان البيع بالتعاطي صحيحًا ، وكانت الهبة بشرط العوض بيعًا ، وكانت الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة ، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، فإذا اعتبر بالإجازة م: **(فيشترط التوقيت فيها)** ش: حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه ، إلى مدة معلومة جاز ، وإذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز .

م: **(ويبطل الصلح بموت أحدهما)** ش: أي أحد المتعاقدين في الصلح م: **(في المدة)** ش: كالإجارة م: **(لأنه)** ش: أي لأن الصلح عن مال بمنافع م: **(إجارة)** ش: لصدق معناه عليه فيرجح المدعي في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ، وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا)** ش: أشار به إلى ما ذكر قريبًا بقوله لأن المدعي يأخذه عوضًا عن حقه في زعمه . . . إلى آخره .

وذلك لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه ، والذي أخذه عوض حقه ، والمدعى عليه يزعم أن المدعي يبطل في دعواه ، والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه ، وليس بممتنع اختلاف الحكم في حق المتعاقدين .

أشار إليه بقوله م: **(ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما)** ش: أي حكم عقد الصلح في حق المدعي والمدعى عليه م: **(كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين)** ش: فإنها فسخ في حقهما بيع جديد في حق ثالث م: **(وغيرهما)** ش: أي وغير المتعاقدين فإنها بيع في حق غيرهما .

م: **(وهذا)** ش: أي كونه الاقتداء باليمين وقطع الخصومة م: **(في الإنكار ظاهر ، وكذا في**

وهذا في الإنكار ظاهر وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود ، فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك . قال : وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة ، قال : معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي ، وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال ، فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه قال:وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض ؛ لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في

السكوت ، لأنه يحتمل الإقرار والجحود ، فلا يثبت كونه عوضًا في حقه) ش: أي في حق المدعى عليه م: (بالشك) ش: لأنه على تقدير الإقرار يكون عوضًا مع أن حمل السكوت على الإنكار أولى ، لأن فيه تفريغ الذمة وهو الأصل .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة ، قال) ش: المصنف م: (معناه) ش: أي معنى كلام القدوري م: (إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه) ش: أي لا أنه المدعى عليه م: (يأخذها) ش: أي الدار م: (على أصل حقه) ش: أي يستبقي الدار على ملكه لا أنه يشتريها م: (ويدفع المال دفعًا لخصومة المدعي) ش: على زعمه .

والمدعي يؤاخذه بما في زعمه م: (وزعم المدعي لا يلزمه ، بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة ، لأن المدعي يأخذها عوضًا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة بإقراره ، وإن كان المدعى عليه يكذبه) ش: فصار كأنه قال : اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر فتجب فيها الشفعة .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض) ش: أي بدل الصلح م: (لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا) ش: أي الرجوع بالحصة من العوض م: (وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة) ش: أي إلى المستحق ، لأنه قام مقام المدعى عليه .

م: (ورد العوض) ش: أي بدل الصلح م: (لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة) ش: أي خصومة المدعي م: (عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقي العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده) ش: كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل تعرض دفعه إلى

يده غير مشتمل على غرضه ، فيسترده وإن استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه ، لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض . ولو استحق المصالح عليه من إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة وإن استحق بعضه رجع بحصته ، وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعي ، لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ، ولا كذلك الصلح ، لأنه قد يقع لدفع الخصومة . ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين. قال : وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق

رب الدين ثم أرمى بنفسه قيل إذا الكفيل فإنه يسترده لعدم اشتماله إلى عوضه .

م: **(وإن استحق بعض ذلك)** ش: أي المصالح عند م: **(رد حصته)** ش: أي من بدل الصلح م: **(ورجع بالخصومة فيه)** ش: أي في بعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه اعتباراً للبعض بالكل م: **(لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض)** ش: أي عن غرض المدعى عليه م: **(ولو استحق المصالح عليه)** ش: وكان الصلح م: **(من إقرار)** ش: الواو فيه للحال م: **(رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة)** ش: لأنه إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع بمبدله كما في البيع م: **(وإن استحق بعضه رجع بحصته)** ش: أي بحصة الاستحقاق ، لأن المبدل هو الدعوى ، أي لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وقد فاتت الدعوى فيعود إلى البدل .

م: **(وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا)** ش: أي المذكور من الحكم إذا لم يجر لفظ البيع في الصلح . أما إذا أجرى يكون الحكم فيه ما أشار إليه بقوله : م: **(بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئًا حيث يرجع بالمدعي)** ش: صالح ذو اليد المنكر مع المدعى عليه عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذا الدار ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى م: **(لأن الإقدام)** ش: أي إقدام المدعى عليه م: **(على البيع إقرار منه بالحق له)** ش: أي للمدعي إذ الإنسان لا يشتري ملك نفسه ، فكان حكمه حكم المبيع م: **(ولا كذلك الصلح ، لأنه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم)** ش: إلى المدعي م: **(فالجواب فيه)** ش: أي في الهلاك م: **(كالجواب في الاستحقاق في الفصلين)** ش: أي في فصل الإقرار والإنكار ، فإن كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعي ، وإن كان عن إنكار رجع بالدعوى .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وإن ادعى حقًا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئًا من العوض ، لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي)** ش: أي في الذي بقي بعد

بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض ، لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي ، بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ، ولو ادعى داراً وصالح على قطعة منها لم يصح الصلح ، لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي ، والوجه فيه أحد أمرين : إما أن يزيد درهمًا في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي .

الاستحقاق .

م: (بخلاف ما إذا استحق كله) ش: يعني جميع الدار م: (لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع بكله على ما قدمناه في البيوع) ش: أي في آخر باب الاستحقاق م: (ولو ادعى داراً وصالح على قطعة منها) ش: أي من الدار م: (لم يصلح الصلح) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في وجه م: (لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي) ش: أي في باقي الدار .

وقال المصنف - رحمه الله - : م: (والوجه فيه) ش: أي في وجه الصحة ، أي الحلية في صحة الصلح م: (أحد أمرين إما أن يزيد درهمًا في بدل الصلح فيصير ذلك عوضًا عن حقه فيما بقي ، أو يلحق به) ش: هو الوجه الثاني ، أي وأن يلحق به أي بهذا الصلح م: (ذكر البراءة عن دعوى الباقي) ش: بأن يقول المدعي أبرأتك ، أو برئت من دعوى هذا الدار فيصح الإبراء لأن الإبراء عن دعوى العين جائز ، فلو قال : أبرأتك من هذه الدار ومن خصومته في هذا الدار فهذا الإبراء لا يصح وله أن يخاصم بعد ذلك ، لأن هذا إبراء عن ضمانها لا عن دعواها .

وعن هذا قالوا : لو أن عبدًا في يد رجل لو قال : قاله آخر برئت منه كان مبرءاً منه ولو قال : أبرأتك منه وإن له أن يدعيه ، وإنما أبرأه من ضمانه كذا في « الذخيرة » .

***

فصل

والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع على ما مر والمنافع لأنها تملك بعقد الإجارة ، فكذا بالصلح والأصل فيه أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن. قال : ويصح عن جناية العمد والخطأ ، أما الأول فلقوله تعالى : ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع﴾ ... (البقرة : الآية ١٧٨).

ش: أي هذا فصل في بيان ما يجوز وما لا يجوز .

م: (والصلح جائز عن دعوى الأموال) ش: هذا لفظ القدوري م: (لأنه في معنى البيع) ش: فما جاز بيعه جاز الصلح عنه م: (على ما مر) ش: في البيع م: (والمنافع) ش: بالجر أي والصلح أيضًا يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث أو أقر به وصالحه على شيء جاز ، لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة، فكذا بالصلح م: (لأنها) ش: أي لأن المنافع م: (تملك بعقد الإجارة ، فكذا بالصلح) ش: أي فكذا تملك بالصلح م: (والأصل فيه) ش: أي في هذا الفصل م: (أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به) ش: أي وأشبه العقود بالصلح م: (احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن) ش: أي بقدر الإمكان ، فإن كان عن مال بمال اعتبر بالشبهات ، وإن كان على منافع اعتبر بالإجارات .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ويصح عن جناية العمد والخطأ) ش: وكذا عن كل حق بجواز أخذ العوض عنه بلا خلاف م: (أما الأول) ش: أي الصلح عن جناية العمد م: (فلقوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع ﴾ ... (البقرة : الآية ١٧٨)) ش: عن ابن عباس -رضي الله عنهما - هذه الآية نزلت في الصلح عن دم العمد .

وفي التفسير للآية معنيان : أحدهما : ما قاله ابن عباس والحسن والضحاك ﴿ فمن عفي له﴾ أي أعطي له من دم أخيه بسهولة بطريق الصلح فاتباع ، أي فلولي القتيل اتباع المصالح بعد الصلح بالمعروف ،أي على محاقًا وحسن معاملة ، وإذا أرى على المصالح إذ ذاك إلى ولي القتيل بإحسان في الأداء ،فهذا ظاهر الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد .

المعنى الثاني : وهو يروى عن ابن عمر -رضي الله عنهما - أن الآية في عفو بعض الأولياء ويدل عليه قوله : ﴿ شيء ﴾ فإنه يراد به البعض ، وتقديره فمن عفي له وهو القتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص ما كان للقتيل أولياء يعفى بعضهم.

فقد صار نصيب الباقين مالاً وهو الآية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف فيتبع الذين لم يعفو القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة وأداء إليه

قال ابن عباس -رضي الله عنهما- : إنها نزلت في الصلح ، وهو بمنزلة النكاح حتى إن ما صالح مسمى فيه صلح بدلاً ها هنا ؛ إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية ها هنا يصار إلى الدية ، لأنها موجب الدم.ولو صالح على خمر لا يجب شيء ، لأنه لا يجب بمطلق العفو . وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لأنه الموجب الأصلي ، ويجب مع السكوت عنه حكماً ، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها .

بإحسان وليؤد القاتل إلى غير العافي حقه وافيًا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً .

فلهذا قال المصنف : م: (**قال ابن عباس - رضي الله عنهما - : إنها نزلت في الصلح**) ش: أي أن هذه الآية نزلت في الصلح أي عن دم العمد م: (**وهو بمنزلة النكاح**) ش: أي الصلح عن جناية العمد بمنزلة النكاح .

وفي « المبسوط » : ما يصلح مهرًا يصلح بدلاً في الصلح لأنه مال يستحق عوضًا عما ليس بمال في العقد ، وهو معنى قوله م: (**حتى إن ما صالح مسمى فيه**) ش: أي في النكاح.

م: (**صلح بدلاً ها هنا**) ش: أي في الجناية عن العمد م: (**إذ كل واحد منهما**) ش: أي من النكاح والصلح عن دم العمد م: (**مبادلة المال بغير المال**) ش: وهو ظاهر .

م: (**إلا أن عند فساد التسمية ها هنا**) ش: هذا استثناء عن قوله إلا ما صالح مسمى فيه صلح ها هنا ، أي لكن عند فساد التسمية في الصلح عن الجناية عن العمد على ثواب أدائه غير معينين م: (**يصار إلى الدية**) ش: أي في مال القاتل ، لأنه وجب بعقده ، فكان عليه خاصة م: (**لأنها**) ش: أي لأن المصير إلى الدية م: (**موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء**) ش: لأنه لما لم يسم مالاً متقومًا صار ذكره والسكوت عنه شيئان ، ولو سكت بعد العفو مطلقًا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر م: (**لأنه**) ش: أي لأن المال م: (**لا يجب بمطلق العفو**) ش: فلايكون من ضرورة الصلح عن العود وجوب المال ، فإنه لو عفا ولم يسم مالاً صح ، فصار ذكر الخمر وعدمه سواء ، فيبقى مطلق العفو ، وفي مطلق العفو لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر م: (**وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين**) ش: أي في فصل فساد التسمية للجهالة ، وفي فصل ذكر ما لا يصلح مهراً كالخمر ، لأن النكاح لم يشرع بلا مال م: (**لأنه**) ش: أي لأن مهر المثل م: (**الموجب الأصلي**) ش: في النكاح .

م: (**ويجب**) ش: أي مهر المثل م: (**مع السكوت عنه**) ش: أي عن ذكر المهر م: (**حكمًا**) ش: أي شرعًا لقوله تعالى ﴿ **أن تبتغوا بأموالكم** ﴾ م: (**ويدخل في إطلاق جواب الكتاب**) ش: أي القدوري ، وهو قوله ويصح عن جناية العمد والخطأ م: (**الجناية في النفس وما دونها**) ش: لأن الجناية أعم من أن يكون واقعة على النفس أو ما دونها .

وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح ، لأنه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك ، أما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه ، وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة ، لأنه تبطل بالإعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ، حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه .

وقال شمس الأئمة البيهقي في « الكفاية » : يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على أكثر من دية ، وفي الخطأ لا يجوز على الزيادة ، لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال ، فجاز كيفما كان ، وفي الثانية الواجب مال مقدر شرعًا ، بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه .

م: **(وهذا)** ش: أي الصلح عن جناية العمد م: **(بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال)** ش: وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري م: **(حيث لا يصح)** ش: هذا الصلح فتبطل الشفعة ولا يجب المال ، وبه قالت الثلاثة م: **(لأنه)** ش: أي لأن حق الشفعة م: **(حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك)** ش: وأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام .

م: **(أما القصاص فملك المحل في حق الفعل)** ش: أي في حق فعل القصاص م: **(فيصح الاعتياض عنه)** ش: لأنه اعتياض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحًا م: **(وإذا لم يصح الصلح)** ش: أي عن حق الشفعة م: **(تبطل الشفعة ، لأنه تبطل بالإعراض والسكوت)** ش: وبقوله حق الشفعة على مال احترازًا عن الصلح على أخذ يعطيه بعينه من الدار بثمن معلوم ، فإن الصلح مع الشفيع فيه جائز ، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصلح فإن حصته مجهولة ، لكن لا تبطل شفعته ، لأنه لم يجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة .

وفي « المبسوط » : صلح الشفيع على ثلاثة أوجه ، في وجه يصح ، وهو أن يصالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن ، وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته ، وأن يصالح على أخذ بيت معين منها بحصته من الثمن لا يصح ، لأن حصته مجهولة ولا تبطل شفعته ، لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الشفعة ، وفي وجه لا يصح وتبطل شفعته ، وهو أن يصالح على مال ، وها هنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منه عن الأخذ بالشفعة ولا يجب المال ، وقد ذكرناه .

م: **(والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ، حتى لايجب المال بالصلح عنه)** ش: أي في عدم جواز الكفالة ، صورته صالح المكفول والكفيل على شيء من المال على أن يخرجه عن الكفالة لا يصلح الصلح ولا نعلم فيه خلافًا م: **(غير أن في بطلان الكفالة روايتين)** ش: ففي رواية أبي حفص : تبطل الكفالة ، وبه يفتى ، وفي رواية أبي سليمان : لا تبطل م: **(على ما عرف في موضعه)** .

وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المال ، فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية ، لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة ، بخلاف الصلح عن القصاص ، حيث تجوز الزيادة على قدر الدية ، لأن القصاص ليس بمال ، وإنما يتقوم بالعقد ، وهذا إذا صالح على أحد مقادير الدية ، أما إذا صالح على غير ذلك جاز، لأنه مبادلة بها ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقاً عن دين بدين . ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز ، لأنه تعين الحق بالقضاء ، فكان مبادلة بها بخلاف الصلح ابتداء ، لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين .

ش: قال الأترازي أي في « المبسوط » : وقال الكاكي في كتاب الشفعة والحوالة والكفالة .

م: (**وأما الثاني وهو جناية الخطأ**) ش: وهذا عطف على قوله أما الأول ، وأراد بالثاني في الصلح عن جناية الخطأ فإنه يجوز م: (**فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع**) ش: فجاز أن في مقابلتها عوض من المال م: (**إلا أنه**) ش: أي أن الصلح م: (**لا تصح الزيادة على قدر الدية لأنه**) ش: أي لأن قدر الدية م: (**مقدر شرعًا ، فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة**) ش: على قدر الدية لئلا يلزم المجاوزة عن التقدير الشرعي م: (**بخلاف الصلح عن القصاص ، حيث تجوز الزيادة على قدر الدية ، لأن القصاص ليس بمال ، وإنما يتقوم بالعقد**) ش: لأن المال لم يجب بالعمد وإنما وجب بالعقد كالنكاح فيقوم بقدر ما وقع عليه العقد قل أو كثر م: (**وهذا**) ش: أي عدم صحة الزيادة على قدر الدية م: (**إذا صالح على أحد مقادير الدية**) ش: كالإبل والذهب والفضة ، وهي أنواع الدية .

م: (**وأما إذا صالح على غير ذلك**) ش: أي على غير مقادير الدية بأن صالح على مكيل أو موزون م: (**جاز**) ش: الصلح على الزيادة م: (**لأنه مبادلة بها**) ش: أي بالدية ، فيجوز لأن اختلاف الجنس لا يظهر الزيادة م: (**إلا أنه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقًا عن دين بدين**) ش: وهو دين الدين بدين بدل الصلح .

وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدين فيما إذا لم يقض القاضي بذلك م: (**ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها**) ش: مثل أن يقضي القاضي بألف دينار م: (**فصالح على جنس آخر منها بالزيادة**) ش: بأن صالح على خمسة عشر ألف درهم م: (**جاز**) ش: أي الصلح م: (**لأنه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بها**) ش: أي مبادلة الخمسة عشر ألفًا بألف دينار ، وعند الشافعي وأحمد لا يجوز . م: (**بخلاف الصلح ابتداء**) ش: أي لا يجوز الصلح بالزيادة على نوع من مقادير الدية قبل قضاء القاضي على نوع آخر منها م: (**لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ، فلا يجوز الزيادة على ما تعين**) ش: بالشرع .

قال : ولا يجوز من دعوى حد ؛ لأنه حق الله تعالى لا حقه ، ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها، لأنه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة ، فلا يجوز أن يصالح واحداً على الانفراد عنه ؛ لأنه حق العامة ،

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(ولا يجوز)** ش: أي الصلح م: **(من دعوى حد، لأنه حق الله تعالى لا حقه)** ش: صورته أخذ زانيًا أو سارقًا أو شارب الخمر فصالح على مال أن لا يرفعه إلى الحاكم فهو باطل ، ولا نعلم فيه خلافًا م: **(ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره)** ش: لأن هذا حق الله تعالى لا حق العبد . والاعتياض عن حق الغير لا يجوز فيرد ما أخذه م: **(ولهذا)** ش: أي ولعدم جواز الاعتياض عن حق الغير م: **(لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها لأنه)** ش: أي النسب م: **(حق الولد لا حقها)** ش: أي لا حق الزوجين ، صورته ادعت المرأة على رجل أن هذا الصبي الذي في يدها ابنه وجحد الرجل ، ولم تدع المرأة النكاح وقالت قد طلقني وأقر الزوج أنه قد طلقها وبانت وصالح من النسب على مائة فالصلح باطل ، لأن النسب حق الصبي فلا يجوز للأم إسقاطه . كذا في شرح القدوري ، ونسب هذه الرواية إلى أبي يوسف - رحمه الله - في « الإيضاح » ، وقال : النسب حق الصبي فلا تملك الأم إسقاطه بعوض وغير عوض.

م: **(وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة)** ش: هذا أيضًا إيضاح لقوله فلا يجوز الاعتياض عن حق الغير ، وتمام البيان فيه ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في شرح « الكافي » في باب «الصلح في العقار» . قال : ولو كان لرجل ظلة أو كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على دراهم مسماة ليتركه كان باطلاً وهذا على وجهين : أما إن كان هذا على طريق نافذ أو غير نافذ والصلح على الترك أو على الطرح . ونعني بالنافذ ما لا يكون لقوم خاص ، وقد يكون النافذ خاصًا ولكن الظاهر أنه متى كان المشروع للعامة كان حق العامة لا يخلو إما أن يكون ذلك بحق أو بغير حق والصلح على الطرح أو الترك .

أما إذا كان الطريق مملوكًا للعامة ، وعليها ظلة أو كنيف لرجل فصالحه رجل على الطرح فيعطي له شيئًا أو على الترك فيأخذ منه شيئًا ، أي كان بغير حق كان باطلاً ، لأن طرحه واجب عليه لكونه شاغلا طريق المسلمين بغير حق فواجب على واحد من آحاد الناس أن يأمره بالطرح على سبيل الأمر بالمعروف وإن كانت الظلة أو الكنيف بحق ويتصور ذلك بأن اختط الإمام موضعًا لإنسان عين فتح البلد وسواه لآخر فالصلح فيها على الطرح جائز لأنه يسقط حقه وهو للتعالي بمال وفيه نفع هذه المصالح وللناس كافة فيصح ، وإن صالح على الترك لا يجوز لأنه لا

ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف ، لأن المغلب فيه حق الشرع . قال : وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز ، وكان في معنى الخلع

يستفيد بهذا الصلح شيئًا ، وإن كان على طريق مملوك إن كان بحق فصالح على الطرح جاز وعلى الترك لا يجوز لما قلنا ، وإن كان بغير حق إن صالح على الترك جاز لأنه ليس فيه نزع حق ، فهذا يسقط حقه بأداء ما أخذ وفيه نوع نفع للمصالح وأهل السكة فيجوز وإن صالح على الترك جاز .

م: (**فلا يجوز أن يصالح واحداً على الانفراد عنه ، لأنه حق العامة**) ش: وقيل بقوله إلى طريق العامة ، لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذ وصالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح ، وقيد بقوله واحداً على الانفراد ، لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لأن الاعتياض لإمام عن الشركة التامة جائز ولهذا لو باع شيئًا من بيت المال صح .

م: (**ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف**) ش: أي يدخل حد القذف في إطلاق جواب القدوري ، وهو قوله : ولا يجوز من دعوى حد ، لأن الحد بإطلاقه يشمل كل حد م: (**لأن المغلب فيه حق الشرع**) ش: أي في حد القذف الغالب حق الشرع ، وهذا لا يورث ولا يسقط بالعفو عندنا وأخذ العوض على حق الغير لا يجوز .

وعند الشافعي وأحمد - رحمه الله - وإن كان المغلب في حق العبد ولكن حق غير مالي فلا يجوز أخذ المعوض عنه ، وعند مالك هو مشترك فلا يجوز أخذ العوض عنه .

وقال شمس الأئمة البيهقي - رحمه الله - : في « الكفاية » : صالح من حد القذف على مال لا يصح ويسترد المال ، وهو على حجته ، لأن المغلب حق الله تعالى كما لو أخذ مرتكب كبيرة على أن لا يرفعه إلى السلطان .

وقال أيضًا : دفع مالا إلى شاهد لئلا يشهد فهو باطل ويسترد المال ، أو يصير الشاهد فاسقًا لا تقبل شهادته ، إلا إذا تاب كسائر الفسقة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحًا وهي تجحد**) ش: أي المرأة تنكر م: (**فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز**) ش: أي هذا الصلح ، يعني نفاذه في الظاهر ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه ، كذا في شرح الأقطع .

ويجيء الآن أيضًا م: (**وكان في معنى الخلع**) ش: أي في زعم الزوج إذ إن الخلع بلفظ المرأة صحيح .

لأنه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلاً للمال لدفع الخصومة . قالوا: ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلاً في دعواه . قال : وإن ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال : هكذا ذكره في بعض نسخ «المختصر » ، وفي بعضها قال لم يجز ، وجه الأول : أن يجعل زيادة في مهرها . ووجه الثاني : أنه بذل لها المال لتترك الدعوى ، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وإن لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح .

وبه قال بعض أصحاب أحمد ، وقال بعض أصحابه : لا يجوز م: (لأنه أمكن تصحيحه خلعًا في جانبه بناء على زعمه ، وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة ، قالوا) ش: أي المشايخ المتأخرون م: (ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان) ش: أي الرجل م: (مبطلاً في دعواه) .

ش: وفي « النهاية »: هذا عالم في جميع أنواع الصلح ، بدليل ما ذكر في كتاب الإقرار، ولو أقر لغيره لمال والمقر له يعلم أنه كاذب لا يحل له أخذ ذلك المال ديانة ، إلا أن يسلمه بطيب نفس فيكون تمليكًا بطريق الهبة ابتداء ، وبه قالت الأئمة الثلاثة -رحمهم الله- .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإن ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز) ش: هذا لفظ القدوري م: (قال) ش: أي المصنف م: (هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر) ش: أي هكذا ذكر القدوري في بعض نسخ المختصر ، يعني قال : جاز هذا الصلح م: (وفي بعضها) ش: أي وفي بعض نسخ «مختصر القدوري» .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (لم يجز) ش: أي لم يجز هذا الصلح وقال الأترازي : ورأيت في نسخة ثقة من نُسَخ القدوري مكتوبة في تاريخ سنة خمس وعشرين وخمسمائة : عدم الجواز .

م: (وجه الأول) ش: أي وجه جواز الصلح الذي ذكره م: (أن يجعل زيادة في مهرها) ش: يعني يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة .

م: (ووجه الثاني) ش: أي وجه عدم الجواز م: (أنه بذل لها المال) ش: أي أن الرجل أعطى للمرأة المال م: (لتترك الدعوى فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة) ش: إذ العوض في الفرقة من جانب الزوج إذ لا نسلم بشيء من هذه الفرقة ، وأما المرأة هي التي نسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج .

م: (وإن لم يجعل) ش: أي فرقة م: (فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى) ش: يعني تكون هي على دعواها م: (فلا شيء يقابله العوض) ش: يعني فلا يكون ما أحدثه عوضًا عن شيء م: (فلم يصح) ش: لأنه رشوة محضر منْ غير دفع خصومة ، ويلزمها رده .

قال : وإن ادعى على رجل أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز ، وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا يصح على حيوان في الذمة إلى أجل . وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز ، إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء . قال : وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلاً عمداً فصالح عنه جاز ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعاً ، فكذا استخلاصاً بمال المولى ،

وإنما قلنا لم يقابله شيء ، لأن النكاح ما ثبت ضمنًا وهي لم تترك الدعوى ، لأن الفرقة لم توجد فكان دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح فلم يفد دفع المال فائدته فلا يجوز .

م: (قال) ش: القدوري : م: (وإن ادعى على رجل) ش: مجهول الحال فأنكر الرجل م: (أنه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز ، وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال) ش: لأنه أقرب العقود إليه شبهًا بالعتق على مال فيجعل في متوليه م: (لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا) ش: إيضاح لقوله : وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال م: (يصح على حيوان في الذمة إلى أجل) ش: أي ولكون هذا لا يصح إعتاقًا ، على مال يصح الصلح على حيوان في الذمة ، إذ لو كان مبادلة لما صح ، ألا ترى أنه لا يصح السلم في الحيوان ، أما الإعتاق على حيوان فصحيح ، فعلم أنه طريقه الإعتاق على مال .

م: (وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فجاز إلا أنه لا ولاء له) ش: أي المدعي م: (لإنكار العبد إلا أن يقيم البينة) ش: بعد ذلك على أنه عبد م: (فتقبل ويثبت الولاء) ش: لأنه صالحه على مال فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال فيثبت الولاء .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدًا لم يجز له أن يصالح عن نفسه) ش: أي لم يجز للعبد المأذون له أن يصالح عن نفسه على مال سواء كان عليه دين أو رجع فساد الصلح لا يجوز لولي القتيل أن يقتله بعد الصلح لأنه لما صالحه فقد عفي عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر البدل إلى ما بعد العتق م: (وإن قتل عبد له) ش: أي للعبد المأذون له م: (رجلاً عمدًا فصالح عنه جاز) ش: سواء كان عليه دين أو لا م: (ووجه الفرق) ش: أي بين المسألتين م: (أن رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيه) ش: أي في رقبته على تأويل العضو أو الجزء م: (بيعًا) ش: أي من حيث البيع ، قيد بالبيع لأنه يملك التصرف فيه إجارة ، كذا ذكره التمرتاشي .

م: (فكذا) ش: أي فكذا لا يملك م: (استخلاصًا) ش: أي استخلاص رقبته م: (بمال المولى ،

وصار كالأجنبي أما عبده من تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعاً ، فكذا استخلاصاً ، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه ، وهذا شراؤه فيملكه ، قال : ومن غصب ثوباً يهودياً قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا : يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه ؛

وصار كالأجنبي) ش: أي وصار العبد المأذون له كالأجنبي في حق نفسه ، لأن نفسه مال المولى والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بغير إذن لا يجوز ، فكذا هذا .

م: **(أما عبده)** ش: المأذون له فهو م: **(من تجارته)** ش: وكسبه م: **(وتصرفه نافذ فيه بيعًا)** ش: أي من حيث البيع م: **(فكذا)** ش: أي فكذا تصرفه نافذ م: **(استخلاصًا)** ش: أي من حيث استخلاص رقبته . م: **(وهذا)** ش: يريد به أن تحقيق هذا م: **(لأن المستحق كالزائل عن ملكه)** ش: لأن الأجنبي يصير مستحقًا بالجناية ، فكأنه زال عن ملكه فصار كأنه مملوك للمولى ، وهذا كان له أن[. . . . .][1] م: **(وهذا شراؤه)** ش: أي وهذا الصلح كان شراؤه م: **(فيملكه)** ش: أي فيملك ذلك ، بخلاف نفسه فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه .

فكذا لا يملك الصلح وطولب بالتفريق بينه وبين المكاتب ، فإنه لو قتل عمدًا وصالح عن نفسه جاز ، وأجيب بأن المكاتب حرير فأكسابه له ، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه .

م: **(قال)** ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: **(ومن غصب ثوبًا يهوديًا)** ش: قال الأكمل : يهود قوم من أهل الكتاب ينسب إليهم الثوب ، يقال ثوب يهودي ، وقال الكاكي و الأترازي : والذي يظهر لي أن لفظ يهود هنا اسم موضع ينسب إليه الثوب المعلوم القيمة م: **(قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة -رحمه الله -)** ش: وضع المسألة في الأصل في العبد ، وكذا الخلاف في كل ما لا مثل له .

م: **(وقالا)** ش: أي قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: **(يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه)** ش: وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - ثم قرر بالغصب لاستدعاء الصلح ذلك فإن الحكم في المستهلك ، وكذلك وقيد بالثوب احترازًا عن غصب المثلي ، فإن الصلح فيه بالدراهم والدنانير بالزيادة يجوز بالإجماع ، وقد يكون يهوديًا ليعرف قيمته إذ لابد أن يكون الثوب المدعى به موصوفًا ، يعني يعرف قيمته .

وقيد بالاستهلاك لأن الثوب إذا كان قائمًا يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع ،

---

(١) بياض بالأصل .

لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض ، لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن حقه في الهالك باق ، حتى لو كان عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى ، لأن ضمان العدوان بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء ، لأن الحق قد انتقل إلى القيمة . قال : وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل ، وهذا بالاتفاق ،

وقيد بقوله على مائة درهم لأنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حاله وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالإجماع .

ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب ، أما بعد القضاء لو صالح على أكثر منها لا يجوز بالإجماع م: (**لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة**) ش: أي القيمة مقدرة بالنقود شرعًا م: (**فالزيادة عليها**) ش: أي على القيمة م: (**تكون ربا**) ش: كالصلح في الدية بأكثر من ألف دينار أو بأكثر من عشرة آلاف درهم .

م: (**بخلاف ما إذا صالح على عرض**) ش: قيمة زائدة على قيمة المغصوب المستهلك م: (**لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس**) ش: فلا يكون ربا م: (**وبخلاف ما يتغابن الناس فيه ، لأنه يدخل تحت تقويم المقومين ، فلا تظهر الزيادة**) ش: لأنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلاً فلم يكن ربا . م: (**ولأبي حنيفة- رحمه الله - أن حقه**) ش: أي حق المالك م: (**في الهالك باق**) ش: ولم يزل ملكه عنه م: (**حتى لو كان**) ش: أي الهالك م: (**عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه**) ش: أي على المغصوب منه ، ولوكان إبقًا فعاد من إباقه كان مملوكًا له . م: (**أو حقه في مثله**) ش: أي في مثل الهالك م: (**صورة ومعنى**) ش: أي من حيث الصورة ومن حيث المعنى ، تقرير هذا أن الحق على الرضى بالمثل هو الأصل م: (**لأن ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله**) ش: أي فقبل القضاء م: (**إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضًا**) ش: عن حقه في العين والاستيفاء لعين حقه بأكثر منه م: (**فلايكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء**) ش: يعني بخلاف الصلح على الأكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة م: (**لأن الحق قد انتقل إلى القيمة**) ش: فتكون الزيادة ربا لا محالة .

م: (**قال**) ش: أي محمد في الجامع الصغير م: (**وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق**) ش: بين أصحابنا

أما عندهما فلما بينا ، وللفرق لأبي حنيفة -رحمه الله- أن القيمة في العتق منصوص عليها، وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه ، بخلاف ما تقدم ، لأنها غير منصوص عليها. وإن صالحه على عروض جاز لما بينا ، أنه لا يظهر الفضل والله أعلم بالصواب .

الثلاثة .

م: (**أما عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**فلما بينا**) ش: أي في المسألة المتقدمة أيهما لما بطلاً الفضل بالغبن الفاحش لكونه ربا وهنا كذلك .

م: (**وللفرق لأبي حنيفة - رحمه الله-**) ش: بين المسألتين م: (**أن القيمة في العتق منصوص عليها**) ش: بقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصًا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه م: (**وتقدير الشرع لايكون دون تقدير القاضي ، فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم**) ش: وهو العبد المستهلك أو الثوب .

م: (**لأنها**) ش: أي لأن القيمة م: (**غير منصوص عليها**) ش: فلم تقم فيه دلالة التقدير بها ، ولهذا يكون مخيراً بين تضمين الغاصب وإبرائه ، والشريك الساكت مخير على إزالة ملك نصيبه بالإعتاق أو بالضمان أو بالسعاية ، إليه أشار في «المبسوط» .

م: (**وإن صالحه على عروض جاز**) ش: أي الصلح على الفضل م: (**لما بينا**) ش: عن قريب م: (**أنه لا يظهر الفضل**) ش: أي عند اختلاف الجنس ، فلا يتحقق الربا ، م: (**والله أعلم بالصواب**) .

* * *

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال : ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه والمال لازم للموكل ، وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض ، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح ، إلا أن يضمنه لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح . أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل ، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل . قال : وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو علىّ أربعة أوجه ، إن صالح بمال وضمنه تم الصلح ، لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها لأجنبي والمدعى عليه سواء وصلح

م: (باب التبرع بالصلح والتوكيل به)

ش: أي هذا باب في بيان حكم التبرع بالصلح وحكم التوكيل به ، ولما بين صلح المرء بنفسه شرع في بيان صلح الغير عنه إذ الأول هو الأصل .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: **(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه)** ش: هكذا في رواية الشيخ أبي نصير : ما صالح عليه . والضمير صالح راجع إلى ما ، والمراد منه بدل الصلح ، وعلى رواية صاحب « الهداية » ما صالح عنه ، والضمير راجع إلى من . م: **(إلا أن يضمنه)** ش: أي إلا أن يضمن الوكيل المال م: **(والمال لازم للموكل)** ش: أي على الموكل كما في قوله تعالى **﴿ وإن أسأتم فلها﴾** أي فعليها .

م: **(وتأويل هذه المسألة)** ش: هذا قول المصنف يقول تأويل المسألة التي ذكرها القدوري م: **(إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين ، لأنه إسقاط محض ، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه ، كالوكيل بالنكاح)** ش: فإنه معبر وسفير فيه فلا يلزمه شيء م: **(إلا أن يضمنه)** ش: أي إلا أن يضمن الوكيل المصالح به فيلزمه . م: **(لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل ، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل)** .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: **(وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ، إن صالح بمال وضمنه تم الصلح)** ش: هذا الذي ذكره القدوري أحد الوجوه الأربعة .

وذكر المصنف وجهًا بقوله م: **(لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة)** ش: لأنه صح تعليق الإسقاط م: **(وفي حقها)** ش: أي وفي حق البراءة م: **(لأجنبي والمدعى عليه سواء)** ش: لأن الساقط يتلاشى ، ومثله لا يختص بأحد ، فإذا كان كذلك م: **(وصلح)** ش: أي الأجنبي أن يكون

أصيلاً فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرعاً على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين . بخلاف ما إذاكان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي . وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقراً أو منكراً ، وكذلك إذا قال : صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا ، صح الصلح ولزمه تسليمه، لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح ، وكذلك لو قال : علي ألف

م: **(أصيلاً فيه)** ش: أي في هذا الضمان م: **(إذا ضمنه)** ش: إضافة إلى نفسه م: **(كالفضولي بالخلع)** ش: من جانب المرأة م: **(إذا ضمن البدل)** ش: أي المال م: **(ويكون متبرعًا على المدعى عليه)** ش: لا يرجع عليه بشيء م: **(كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره)** ش: أي لا يكون متبرعًا ويرجع عليه بما ضمن ، وعند الشافعي وأحمد - رحمهما الله - يرجع إن أدى بأمره م: **(ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى)** ش: أي لا يصير الدين المدعى به ملكًا للمصالح ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - وإن كان المدعى عليه مقراً .

م: **(وإنما ذلك)** ش: أي الدين م: **(للذي في يده)** ش: وفي بعض النسخ للذي في ذمته أي في يده م: **(لأن تصحيحه)** ش: أي تصحيح الصلح م: **(بطرق الإسقاط)** ش: لا بطريق المبادلة ، والساقط يتلاشى ويضمحل .

م: **(ولا فرق في هذا)** ش: أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعى به م: **(بين ما إذا كان)** ش: أي الخصم م: **(مقراً أو منكرًا)** ش: أما إذا كان منكراً فظاهر ، لأنه في زعم المدعى عليه أنه لا شيء عليه فيكون متبرعًا في إسقاط الخصومة منه وزعم المدعي لم ينفذ إليه .

وأما إذا كان مقراً بالدين وبالصلح ينبغي أن يصير مشتريًا ما في ذمته بما أدى ، إلا أن شراء الدين من غير المذكور لا يصح لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين ، وذا لا يجوز وبه قال أحمد والشافعي - رحمهما الله - في الأصح .

بخلاف ما لو كان المدعى به عينًا والمدعى عليه مقراً ، فإنه يصير مشتريًا لنفسه إذا كان بغير أمره ، لأن شراء الشيء من مالكه صحيح وإن كان في يد غيره .

م: **(وكذلك)** ش: أي وكذلك يصلح الصلح ، وهذا هو الوجه الثاني من الوجوه الأربعة م: **(إذا قال : صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي ، هذا صح الصلح ، ولزمه تسليمه)** ش: أي لزم الفضولي تسليم الألف م: **(لأنه لما أضافه)** ش: أي لما أضاف المال المعقود عليه م: **(إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه)** ش: ولما لزمه التسليم بالإضافة م: **(فصح الصلح)** ش: لأنه تم عقده .

م: **(وكذلك لو قال : علي ألف)** ش: هذا هو الوجه الثالث ، أي وكذا يصح الصلح لو قال :

وسلمها ، لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده . ولو قال : صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل ؛ لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له ، إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه فإذا لم يضفه بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته ، قال -رضي الله عنه- : ووجه آخر وهو أن يقول صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه ، لأنه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته له فيتم بقوله . ولو استحق العبد ووجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح ،

علي ألف مطلقة م: (وسلمها) ش: أي الألف م: (لأن التسليم إليه) ش: أي إلى المدعي م: (يوجب سلامة العوض له) ش: أي للمدعي ، فإذا كان كذلك م: (فيتم العقد) ش: أي عقد الصلح م: (لحصول مقصوده) ش: وهو سلامة البدل للمدعي ، فإذا حصل المقصود تم العقد لا محالة .

م: (ولو قال : صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل) ش: هذا لفظ القدوري وهو الوجه الرابع ، من الوجوه الأربعة وقال المصنف :

م: (لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له) ش: لأن المدعى عليه هو المحتاج إلى إسقاط الخصومة عن نفسه .

م: (إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه) ش: بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر الأصيل .

لأن الزعيم غارم والوفاء بالشرط لازم خصوصًا إذا كان الشرط في عقد لازم م: (فإذا لم يضفه) ش: لم يكن عليه شيء .

ولكنه م: (بقي عاقدًا من جهة المطلوب ، فيتوقف على إجازته) ش: أي على إجازة المدعى عليه . فإن قبل لزمه المال ، وإن رده بطل الصلح .

م: (قال) ش: أي المصنف : وفي نسخة الأترازي قال العبد الضعيف : وفي نسخة شيخنا العلاء . قال -رضي الله عنه - : م: (ووجه آخر) ش: أي غير الوجوه الأربعة التي ذكرها م: (وهو أن يقول : صالحتك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه ، لأنه لما عينه للتسليم صار شارطًا سلامته له فيتم بقوله) ش: أي سلامة المصالح عليه للمدعي فيتم ، أي الصلح بقول المصالح ، ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري .

م: (ولو استحق العبد) ش: أي العبد الذي صالحه عليه م: (ووجد به عيبًا فرده فلا سبيل له على المصالح) .

لأنه التـزم الإيفاء من محل بـعينه ولـم يلتـزم شيئًـا سواه ، فـإن سلم المحل له تم الصلح ، وإن لم يسلم له لم يرجع عليـه بشيء . بخلاف مـا إذا صالح على دراهم مـسمـاة وضمنهـا ودفعـها ثم استحقت ووجدها زيوفًا حيث يرجع عليه ، لأنه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان ، ولهذا يجبر على التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله ، والله أعلم بالصواب

ش: وكذا لو وجد حراً أو مكاتبًا أو مدبراً م: (لأنه) ش: أي لأن المصالح م: (التزام الإيفاء من محل بعينه ولـم يلتزم شيئًا سواه) ش: أي سوى ما عين م: (فإن سلم المحل له تم الصلح وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء) ش: أي على المصالح ، ولكن يرجع إلى دعواه .

م: (بخلاف ما إذا صالح على دراهم مـسماة وضمنها ودفعهـا ثم استحقت) ش: أي الدراهـم م: (ووجدها زيوفًا حـيث يرجع عليه) ش: أي على الذي صـالحـه م: (لأنه) ش: أي لأن المصــالح م: (جعل نفـسه أصيلاً في حق الضـمان) ش: فـصـار ديناً في ذمـتـه حـيث ضـمنه م: (ولهذا) ش: أي ولأجل ذلك م: (يجبر) ش: أي المصـالح م: (على التسليم) ش: أي تسليم الدراهم إذا ضـمنهـا ، بخلاف ما إذا لم يضـمن حيث لا يجبر م: (فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله) ش: أي ببدل ما لم يسلم إليه ، م: (والله أعلم بالصواب) .

***

باب الصلح في الدين

قال : وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة ، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز

م: (باب الصلح في الدين)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الصلح عن عموم الدعاوي ، شرع في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبدًا يكون بعد العموم .

م: (**قال : وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة**) ش: أي من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة البيع بالدين . وإنما وضع المسألة في الدين وإن كان الحكم في الغصب كذلك حملاً لأمر المسلم على الصلاح ، لأنه هو المشروع إلى الغصب .

وهو نظير قوله عليه السلام « **من نام عن صلاة أو نسيها ... الحديث** »[1] مع أن الحكم في العمد كذلك ، قال الكاكي : وها هنا ينبغي أن يزاد قيد آخر ، وهو أن يقال : وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ، ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة .

لأنه لو أمكن حمله على بيع الصرف مع أنه مستحق بعقد المداينة يحمل على المعاوضة لا على إسقاط البعض م: (**لم يحمل على المعاوضة**) ش: لما فيه من الربا .

م: (**وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر ألف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز**) ش: أي الصلح م:

---

(١) ضعيف مرفوعًا : رواه البيهقي (٢/ ٢٢١) من طريق أبي إبراهيم الترجماني -واسمه إسماعيل بن إبراهيم- ثنا سعيد بن عبد الرحمن عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال : « **من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل مع الإمام فإذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم ليعد الصلاة التي صلى مع الإمام** » . ثم قال : تفرد أبو إبراهيم الترجماني برواية هذا الحديث مرفوعًا ، والصحيح من قول ابن عمر موقوفًا .

قلت: هكذا رواه هو ، ورواه الدارقطني (١/ ٤٢١) من طريق يحيى بن أيوب ثنا سعيد عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر مثله ، ولم يرفعه ، قال البيهقي : وكذلك رواه مالك وعبد الله بن عمر العمري عن نافع عن ابن عمر موقوفًا .

وكأنه أبـرأه عن بعض حقه ، وهـذا لأن تصرف العاقل يـتحرى تصـحيـحه ما أمـكن ، ولا وجه لتصـحيحـه معاوضـة لإفضائه إلى الربا ، فـجعل إسقـاطاً للبعض في المسـألة الأولى ، وللبعض والصفة في الثانية . ولو صالـح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق ؛ لأنه لا يمكن جعله معاوضة ، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز ، فحملناه علي التأخير . ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجـز ؛ لأن الدنانير غير مـستحقة بعـقد المداينة ، فلا يمكن حمله على التـأخير ، ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئًا لا يجوز فلم يصح الصلح . قال : ولو كانت له ألف مـؤجلة فصالحـه على خمـسمـائة حالة لم يجـز ؛ لأن المعجل خـير من المؤجل وهو غـير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام ،

(**وكأنه أبرأه عن بعض حـقه وهذا**) ش: أي عكس عدم الحمل على المعاوضة م: (**لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا ، فجعل إسقاطاً للبعض**) ش: أي لبعض الدين م: (**في المسألة الأولى**) ش: وهي مسألة مسامحة الألف بخمسمائة م: (**وللبعض**) ش: أي وجعل إسقاطًا لبعض الدين م: (**والصفة**) ش: أي وإسقاطًا للصفة م: (**في الثانية**) ش: أي في المسألة الثانية وهي مصالحة الجياد بالزيوف .

م: (**ولو صالح على ألف مـؤجلة جاز**) ش: أي الصلح ، يعني إذا صـالـح الطالب على ألف درهم مؤجلة جاز لما قلنا أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن م: (**كأنه أجل نفس الحق، لأنه لا يمكن جعله معاوضة ، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز**) ش: شرعًا ، لأن ذلك بيع الدين بالدين م: (**فحملناه على التأخير**) ش: أي تأخير الدين ، لأن التأخيـر تصرف فى حقه لا في حق غيره .

م: (**ولو صالحه على دنانيـر إلي شهر لم يجز**) ش: هذا لفظ القـدوري ، أي لو صـالـح الطالب المطلوب عن الدراهم الحالة على دنانير مـؤجلة م: (**لأن الدنانير غـير مسـتحقة بعقـد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير**) ش: أى تأخير الحق ، لأن حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير ولما لم يكن ذلك ولا غيره م: (**ولا وجه له سـوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانيـر نسيئًـا لا يجوز ، فلم يصح الصلح**) ش: لأنه يؤدي إلى الربا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز ، لأن المعجل خـير من المؤجل وهو**) ش: أي المعـجل م: (**غير مستـحق بالعقد فيكون**) ش: أي تعـجيل الخمـسـمـائة التي كـانت عـوض عن الأجل م: (**بإزاء مـا حـطه عنه**) ش: فيكون بمقابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة . م: (**وذلك اعتياض عن الأجل وهـو حرام**) ش: ألا ترى أن ربـا النسـاء حـرام لشبهة مبادلة المال بالأجل ، فلأن تحرم حقيقة أولى ، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر العلماء . م:

وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ؛ لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصفًا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف فيكون ربا ، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود ، لأنه إسقاط بعض حقه قدراً ووصفاً . وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود ، لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس . ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح ، لأنه أمكن أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلاً للباقي ، فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد ، أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم . قال : ومن له على آخر ألف درهم فقال : أد إلي غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء ،

(**وإن كان له ألف سود وصالحه على خمسمائة بيض لم يجز**) ش: المراد من السود الدراهم المضروبة من النقرة السود م: (**لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصفًا**) ش: أي البيض زائدة من حيث الوصف م: (**فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف فيكون ربا**) ش: وفي بعض النسخ فهو ربا .

م: (**بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة سود ، لأنه إسقاط بعض حقه قدراً ووصفًا**) ش: أي من حيث القدر والوصف ، حيث يجوز م: (**وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود**) ش: أي قدر الدين أجود من الدين ، حيث يجوز ، ومعناه ما قاله في شرح «الكافي» ، ولو كان له عليه ألف درهم غلة فصالحه منها على ألف درهم حالة فإن قبض قبل أن يعتبر ، فأجاز وإن تفرقا قبل أن يقبض بطل م: (**لأنه معاوضة المثل بالمثل ، ولا معتبر بالصفة ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس**) ش: لأنه صرف ، والنخبة اسم لما هو الموجود من الدراهم السود.

م: (**ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح ، لأنه أمكن أن يجعل إسقاطًا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلاً للباقي**) ش: يعني يحمل على أنه إسقاط حقه في الدنانير أصلاً ، وأسقط حقه في الدراهم إلا مائة ، وإذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة .

م: (**فلا يجعل معاوضة تصحيحًا للعقد**) ش: وتحرزاً عن الربا م: (**أو لأن معنى الإسقاط فيه**) ش: أي في الصلح م: (**الزم**) ش: لأنه مبني على الحطيطة والحط ها هنا أكثر ، فيكون الإسقاط ألزم .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**ومن له على آخر ألف درهم**) ش: أي حالة م: (**فقال : أدِّ إلي غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء**) ش: أي من الفضل

فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يعود عليه ؛ لأنه إبراء مطلق ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة ، والأداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه ، فبقي الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته ، لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد ، وأنه يصلح غرضاً حذار إفلاسه وتوسلاً إلى تجارة أربح منه ، وكلمة علي وإن كانت للمعاوضة ، فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه ،

م: (**فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-**).

م: (**وقال أبو يوسف- رحمه الله - : لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق**) ش: فثبت البراءة مطلق سواء أعطى أو لم يعط م: (**ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضًا**) ش: أي عن الإبراء م: (**حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة**) ش: أي كلمة على للمعاوضة .

م: (**والأداء لا يصلح عوضًا**) ش: لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن مخالفًا م: (**لكونه مستحقًا عليه**) ش: لم يستفد منه شيء لم يكن وإذا كان كذلك م: (**فجرى وجوده مجرى عدمه**) ش: أي جرى وجود الأداء عوضًا مجرى عدمه م: (**فبقي الإبراء مطلقًا ولا يعود كما إذا بدأ بالإبراء**) ش: بأن قال : أبرأتك على خمسمائة من ألف على أن تؤدي غداً خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن هذا إبراء مقيد بالشرط**) ش: أي بشرط مرغوب فيه ، فيكون إبراء مقيداً م: (**فيفوت بفواته**) ش: أي عند فواته ، فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا ، لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الأصلي ، وإنما قلنا أنه مقيد بالشرط .

م: (**لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد ، وأنه يصلح غرضًا حذار إفلاسه وتوسلاً إلى تجارة أربح منه**) ش: وصلح أن يكون شرطًا من حيث المعنى م: (**وكلمة علي وإن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه**) ش: أي في الشرط ، فإنه فيه مقابلة الشرط بالخبر لما كان بين العوضين وقد تعذر والعمل معنى المعاوضة .

فإذا كان كذلك م: (**فيحمل عليه**) ش: أي على الشرط م: (**عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحًا لتصرفه**) ش: وقال الأكمل : وكان منهما قول بموجب العلة ، أي سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيداً بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيداً بوجه آخر وهو الشرط .

أو لأنه متعارف والإبراء مما يتقيد بالشرط ، وإن كان لا يتعلق به كالحوالة وسنخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى . قال وهذه المسألة على وجوه ، أحدها ما ذكرناه ، والثاني إذا قال: صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلي غداً وأنت بريء من الفضل على إنك إن لم تدفعها إلي غداً فالألف عليك على حاله . وجوابه أن الأمر على ما قال ، لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به . والثالث : إذا قال : أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً فالإبراء فيه واقع

م: (**أو لأنه متعارف**) ش: معطوف على قوله لوجود المقابلة ، يعني أن حمل كله على الشرط لأحد معنيين : إما لوجود المقابلة ، وإما لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيداً الإبراء الباقي ، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا ، وصار كما لو قال إن لم تنقد غداً فلا صلح بيننا .

م: (**والإبراء مما يتقيد بالشرط**) ش: هذا جواب عما يقال تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل إذا أديت أو متى أديت إلي خمسمائة فأنت بريء من الباقي باطل بالاتفاق ، والتقييد بالشرط وهو التعلق به ، فكيف كان جائزاً أو تقديراً . الجواب : أن الإبراء مما يتقيد بالشرط .

م: (**وإن كان لا يتعلق به**) ش: يعني يجوز أن يكون الإبراء مقيداً بشروط مرغوب فيه وإن كان لا يتعلق به ، أي بالشرط حتى إذا قال الشرط انتقض الإبراء م: (**كالحوالة**) ش: فإنه مقيده بشرط سلامة الدين من ذمته ، حتى إذا مات المحتال عليه مفلسًا انتقضت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل ، ولكن يجوز تعليق الإبراء بالشرط أصلاً لما فيه من معنى التمليك م: (**وسنخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى**) ش: هذا عذر من تأخير جواب ما قاس عليه أبو يوسف بقوله كما إذا بدأ بالإبراء يعني بذكر الفرق بين المقيس عليه عند قوله والثالث إذا قال أبرأتك إلى آخره .

م: (**قال**) ش: أي المصنف م: (**وهذه المسألة**) ش: أشار به إلى قوله ومن له على آخر ألف درهم . . . إلى آخره م: (**على وجوه : أحدها : ما ذكرناه**) ش: وهو قوله ومن له على آخر . . . إلى آخره .

م: (**والثاني :**) ش: أي الوجه الثاني م: (**إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلي غداً وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلي غدا فالألف عليك على حاله ، وجوابه أن الأمر على ما قال**) ش: أي بالإجماع م: (**لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث :**) ش: أي الوجه الثالث م: (**إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً فالإبراء فيه واقع**

أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه أطلق الإبراء أولاً ، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً ، ولكنه يصلح شرطاً فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به . بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقروناً به ، فمن حيث إنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ، ومن حيث إنه يصلح شرطًا لا يقع مطلقًا ، فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا . والرابع : إذا قال : أد إلي خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتا . وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق ، لأنه لما لم يوقت للأداء وقتا لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد، بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً ، بخلاف ما تقدم ، لأن الأداء في الغد غرض صحيح . والخامس : إذا قال : إن أديت إلي خمسمائة أو قال: إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء ، لأنه علقه بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك ، حتى يرتد بالرد ، بخلاف ما تقدم ، لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به . قال : ومن قال لآخر: لا أقر لك بمالك حتى

أعطى) ش: أي على م: (الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه أطلق الإبراء أولاً وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضًا مطلقًا ، ولكنه يصلح شرطًا فوقع الشك في تقييده) ش: أي يعتبر الإبراء م: (بالشرط فلا يتقيد به ، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة ، لأن الإبراء حصل مقرونًا به) ش: أي بالأداء .

م: (فمن حيث إنه لا يصلح عوضًا يقع مطلقًا ، ومن حيث إنه يصلح شرطًا لا يقع مطلقًا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) ش: أي الوجهان ، وهو ما إذا بدأ بالإبراء ، أو إذا بدأ بأداء الخمسمائة .

م: (والرابع :) ش: أي الوجه الرابع م: (إذا قال: أد إلي خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتًا ، وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين ، لأن هذا إبراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتًا لا يكون الأداء غرضًا صحيحًا ، لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد ، بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضًا بخلاف ما تقدم) ش: أي بخلاف ما إذا وقت للأداء وقتًا كما في قوله أد إلي غداً منها خمسمائة على أنك بريء منها من الفضل م: (لأن الأداء في الغد غرض صحيح) .

م: (والخامس:) ش: أي الوجه الخامس م: (إذا قال: إن أديت إلي خمسمائة أو قال: إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحًا ، وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها) ش: أي في البراءة م: (من معنى التمليك حتى يرتد بالرد ، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط) ش: يعني أن الإبراء فيه معنى الإسقاط ومعنى التمليك ، فإذا صرح بالتعليق لم يصح اعتباراً بسبب التمليك ، وإذا لم يصرح به صح اعتبار الشبه والإسقاط ، فإذا كان كذلك م: (فحمل على التقييد به) ش: أي بالشرط .

م: (قال) ش: أي قال محمد في« الجامع الصغير» م: (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى

تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه ؛ لأنـه ليس بمكره ، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً ، أما إذا قال علانية يؤخذ به .

تؤخره عني أو تحط عني فـفعل) ش: أخر دينه أو حط شيئًا من دينه م: (**جاز عليه**) ش: أي هذا التـصرف وهو التـأخـير أو الحـط جاز على رب الـدين حتى لا يتمكن من مطالبته في الحـال ولا مطالبة ما حط عنه ، وعند الشافعي وأحمد - رحمهما الله - يتمكن م: (**لأنه**) ش: أي لأن رب الدين م: (**ليس بمكره**) ش: لأنه يمكن دفع هذا بإقامة البينة أو بالتحليف م: (**ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً ، أما إذا قال علانية يؤخذ به**) ش: أي يوخذ المقر بجميع المال في الحال بلا خلاف ، لأنه إقرار منه بالحق .

* * *

فصل في الدين المشترك

وإذا كان الدين بين شريكين ، فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب ، فشريكه بالخيار : إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، وإن شاء أخذ نصف الثوب ، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين ، والأصل في هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق ، فتصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض، لأن العين غير الدين

م: (**فصل في الدين المشترك**)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم الدين المشترك ، أخر هذا عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد .

م: (**وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين**) ش: هذا لفظ القدوري ، والاستثناء من قوله فشريكه بالخيار ، يعني إذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك غير المصالح الخيار ، لأن حقه في الدين ولا يكون له سبيل في الثوب .

وإنما وضع المسألة في الدين بين شريكين ، لأنه إذا ادعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الآخر بلا خلاف بين العلماء سواء كان المدعى عليه منكراً أو مقراً ، لأن الصلح بإقرار معاوضة فيجوز ، وبإثبات معاوضة في زعم المدعى عليه فلا يثبت للشريك حق الشركة .

م: (**والأصل في هذا**) ش: الفصل م: (**أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئًا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض ، لأنه ازداد بالقبض**) ش: أي لأن الدين ازداد خيراً بسبب كونه مقبوضًا أو منقوداً م: (**إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض**) ش: لأن الدين قبل القبض وصف شرعي ، وبعد القبض صار عينًا منتفعًا قابلاً للتصرفات ، ولأن الدين ليس بمال ، ولهذا لو حلف على أن لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث وبعدما قبض صار مالاً . م: (**وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق ، فتصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة**) ش: في أصل الحق م: (**ولكنه قبل المشاركة**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كالثمر والولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل أن يختار الشريك مشاركته كما في الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر . وتقدير الجواب ما قاله ، ولكنه أي ولكن المقبوض قبل المشاركة ، أي أن يختار الشريك مشاركة القبض م: (**باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين**

حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته ، والدين المشترك أن يكون واجبًا بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والمورث بينهما وقيمة المستهلك المشترك ، إذا عرفنا هذا فنقول في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته ، لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب ، لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين ، لأن حقه في ذلك .

قال: ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي ، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة .

قال: ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين ؛ لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملاً ،

حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته) .

ش: ثم عرف المصنف الدين المشترك بقوله م: (**والدين المشترك أن يكون واجبًا بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة**) ش: قيد به ، لأنه لو باع أحدهما نصيبه بخمسمائة والآخر نصيبه بخمسمائة وكتبا عليه صلحًا واحداً بألف ثم قبض أحدهما شيئًا لم يكن للآخر أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية في حق القابض كتفرق الصفقة م: (**وثمن المال المشترك**) ش: أي والدين المشترك أيضًا ثمن المال المشترك بين الاثنين م: (**والمورث بينهما**) ش: أي بين الاثنين أي والثمن المورث بينهما بأن باع رجل عينًا ومات قبل قبض الثمن وله وارث م: (**وقيمة المستهلك المشترك**) ش: بين الاثنين .

م: (**إذا عرفنا هذا**) ش: لما فرغ المصنف - رحمه الله - من بيان الأصل قال: إذا عرفنا م: (**هذا**) ش: وترك عليه م: (**فنقول في مسألة الكتاب**) ش: أي القدوري م: (**له أن يتبع الذي عليه الأصل**) ش: أي للساكت أن يتبع المديون م: (**لأن نصيبه باق في ذمته**) ش: ولم يستوفيه م: (**لأن القابض قبض نصيبه لكن لـه حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب**) ش: ونصف الثوب قدر ربع الدين ، لأن الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين ونصف النصف ربع لا محالة م: (**لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين ، لأن حقه في ذلك**) ش: أي لأن حقه في الأصل كان في الدين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض لما قلنا**) ش: أي قبض هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئًا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض م: (**ثم يرجعان على الغريم بالباقي ، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة قال**) ش: أي القدوري م: (**ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين ، لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كملاً**) ش: أي من

لأن مبنى البيع على المماكسة ، بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ، ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده ، والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا . لأن حقه باق في ذمته ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة في المقبوض فله أن لا يشاركه ،

غير حطيطة . بيان هذا أن رب الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على سلعة ذمة مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كأنه قبض نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا . م: (**لأن مبنى البيع على المماكسة**) ش: دليل قوله صار قابضًا حقه بالمقاصة كملاً م: (**بخلاف الصلح**) ش: يعني ما إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع إليه نصف الثوب ، وإن شاء دفع إليه ربع الدين . وعند زفر : يلزمه أن يؤدي إليه ربع الدين بلا خيار م: (**لأن مبناه**) ش: أي مبنى الصلح م: (**على الإغماض والحطيطة**) ش: وهذا لا يملك بيعه مرابحة ، فكان المصالح بالصلح أبرأه عن بعض حقه وقبض البعض م: (**فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر**) ش: أي المصالح م: (**به**) ش: لأنه لم يستوف نصف الدين كملا ، فإذا كان كذلك م: (**فيتخير القابض كما ذكرناه**) ش: أشار به إلى قوله إلا أن يضمن له شريكه ، أي إلا أن يضمن القابض للساكت ربع الدين م: (**ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع ، لأنه ملكه بعقده**) ش: أي لأن الذي اشترى نصيبه من الدين ثوبا ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين .

وقال الأترازي : لا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع يبقى في صورة الشراء ، ولكن مع هذا لو اتفقا على الشركة في الثوب جاز ، لأن الثوب على ملك القابض ، فإذا سلم إلى الشريك الساكت نصفه ورضي هو بذلك صار كأنه با ع منه نصف الثوب .

م: (**والاستيفاء بالمقاصة**) ش: بالرفع ، جواب عما يقال هب أن ملكه بعقده إنما كان ببعض دين مشترك ، وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض . وتقدير الجواب أن يقال الاستيفاء بالمقاصة أي استيفاء الشريك بالتقاصص م: (**بين ثمنه وبين الدين**) ش: أي وبين دينه الخاص لا بدين مشترك ، فلا يكون للشريك الساكت سبيل على الثوب .

م: (**وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا**) ش: أي وللشريك الساكت اتباع المديون حصة في صورة الصلح على الثوب وصورة أخذ الدين من الدراهم أو الدنانير ، وصورة شراء السلعة م: (**لأن حقه**) ش: أي لأن حق الساكت م: (**باق في ذمته**) ش: أي في ذمة المديون م: (**لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة ، لكن له حق المشاركة في المقبوض فله أن لا يشاركه**) ش: يعني لا يلزمه المشاركة .

فلو سلم ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض ، لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم . ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتضٍ . ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك ، لأنه إتلاف وليس بقبض . ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما يبقى من السهام . ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف - رحمه الله- اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما ؛لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض .

م: (**فلو سلم له ما قبض**) ش: أي فلو سلم الشريك الساكت له أي للقابض ما قبضه وهو الثوب الذي بدل الصلح أو ثوب المشتري أو الدراهم أو الدنانير م: (**ثم توى ما على الغريم**) ش: بأن مات مفلساً م: (**له أن يشارك القابض لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم**) ش: يعني إنما رضي بالتسليم على رجاء سلامة ما في ذمة الغريم ، فإذا توى لم يسلم فيرجع كما في الحوالة إذا مات ليحتال عليه مفلساً فيرجع المحتال له على المحيل .

م: (**فلو وقعت المقاصة بدين كان عليه**) ش: أي على أحد الشريكين م: (**من قبل**) ش: أي من قبل الدين المشترك بأن أقر أحد الشريكين أن للمديون عليه حقًا قبل ثبوت الدين المشترك م: (**لم يرجع عليه الشريك لأنه**) ش: أي لأن القابض م: (**قاض بنصيبه**) ش: أي مؤديه نصيبه م: (**لا مقتضٍ**) ش: أي لا مستوف دينه لما أخر الدينين يصير قضاء على أولياءه .

م: (**ولو أبرأه عن نصيبه**) ش: أي لو أبرأ أحد الشريكين المديون عن نصيبه من الدين م: (**فكذلك**) ش: أي لم يرجع على شريكه م: (**لأنه إتلاف وليس بقبض**) ش: أي لأن الإبراء إتلاف نصيبه فلم يزد له شيء بالبراءة فلا يرجع عليه م: (**ولو أبرأه عن البعض**) ش: أي لو أبرأه أحد الشريكين المديون عن بعض نصيبه م: (**كانت قسمة الباقي**) ش: أي باقي الدين م: (**على ما يبقى من السهام**) ش: أي من سهامها من الدين كما إذا أبرأ أحدهما عن نصف دينه والدين عشرون درهما يكون للمشتري المطالبة بخمس دراهم . م: (**ولو أخر أحدهما عن نصيبه**) ش: أي لو أخر أحد الشريكين المطالبة عن الديون عن نصيبه م: (**صح عند أبي يوسف - رحمه الله - اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - ، وذكر محمد - رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله - في هذا مخالف لعامة روايات الكتب في «المبسوط» و«الأسرار» و«الإيضاح» وغيرها ، فإن المذكور فيها قول محمد - رحمه الله - مع أبي يوسف - رحمه الله - ، والخلاف هكذا مشهور في المنظومة في باب أبي حنيفة خلافًا لصاحبيه حيث قال فيها والدين بين اثنين، هذا قد جعل نصيبه مؤجلاً شهراً بطل .

وكذا ذكر الخلاف في «المختلف» والحصر م: (**لأنه**) ش: أي لأن تأخير أحد الشريكين عن نصيبه م: (**يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض**) ش: لأن في القسمة معنى التمليك فيكون فيه تمليك

ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض ، والاستئجار بنصيبه قبض . وكذا الإحراق عند محمد -رحمه الله- خلافاً لأبي يوسف -رحمه الله- والتزوج به إتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد ، قال : وإذا كان السلم بين الشريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على

الدين من غير على من يحصل عليه الدين .

م: (**ولو غصب أحدهما عينًا منه**) ش: أي ولو غصب أحد الشريكين عينًا من المديون م: (**أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض**) ش: أي قبض نصيبه من الدين المشترك م: (**والاستئجار بنصيبه قبض**) ش: بأن استأجر أحدهما من المديون داراً بنصيبه من الدين وقبض كان للساكت أن يأخذ منه ربع الدين . وفي « المبسوط » : استأجر نصيبه داراً من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه ، وروى ابن سماعة عن محمد هذا إذا استأجر بخمسمائة مطلقًا ، أما لو استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشيء .

م: (**وكذا الإحراق عند محمد - رحمه الله - خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله -**) ش: أي لو أحرق أحدهما ثوب المديون وهو يساوي نصيب المحرق وهو نصف الدين فعند محمد - رحمه الله - هذا قبض حتى يثبت للساكت أن يطالبه بربع الدين ، لأن الإحراق إتلاف لمال مضمون فيكون كالغصب ، والمديون صادقًا راضيًا بنصيبه بطريق المقاصة ، فيجعل المحرق مقتضيًا وهذا إذا ألقى النار على الثوب ، أما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فإن الساكت يضمنه بربع الدين .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - لا يرجع عليه بشيء لأنه متلف نصيبه بما صنع م: (**والتزوج به**) ش: أي بنصيبه ، يعني إذا تزوج أحد ربي الدين امرأة بنصيبه من دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضًا للدين ، بل هو م: (**إتلاف في ظاهر الرواية**) ش: احترز به عن رواية بشر عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يرجع بنصف حقه لو وقع القبض بطريق المقاصة . وجه الظاهر أنه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه إذ البضع لا يحتمل الشركة فلم يظهر معنى الزيادة ، فصار كما لو أبرأ .

م: (**وكذا الصلح عليه عن جناية العمد**) ش: أي وكذا هو إتلاف لا قبض بأن جنى أحد الشريكين على المديون عملاً فيما دون النفس . وقيل بجناية العمد ، لأن في جناية الخطأ يرجع ، ولكن ذكر في «الإيضاح» مطلقًا فقال : ولو شج المطلوب موضحه فصالحه على حصته لم يرجع شريكه بشيء، لأن الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على**

رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله- . وقال أبو يوسف يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون ، وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه.ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر ، بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه ، ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض ، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه ، قالوا : هذا إذا خلطا رأس المال ، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف ، وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق .

رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وقال أبو يوسف : يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه) ش: فإنه يجوز بدون رضى الآخر ولأن ملك كل واحد منهما ممتازاً عن الآخر ، فجاز تفرده بالفسخ .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه**) ش: أي أن الصلح أحدهما م: (**لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة**) ش: قبل القبض ، لأن خصومة نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تمييز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها م: (**ولو جاز**) ش: أي الصلح م: (**في نصيبهما لابد من إجازة الآخر**) ش: ولم يوجد م: (**بخلاف شراء العين**) ش: هذا جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد ، وبينه بقوله : م: (**وهذا لأن المسلم فيه صار واجبًا بالعقد**) ش: أي ثابتًا به م: (**والعقد قام بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه**) ش: أي برفع العقد القائم بهما م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر له أي ولأن الصلح المذكور م: (**لو جاز لشاركه**) ش: الشريك الآخر م: (**في المقبوض**) ش: عن رأس المال م: (**فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك**) ش: أي من عليه بالقدر من المسلم فيه الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطًا بالصلح م: (**فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه**) ش: وذلك باطل لأنه يلزم من نفيه ثبوته .

م: (**قالوا**) ش: أي قال المتأخرون من مشايخنا م: (**هذا**) ش: أي هذا الخلاف م: (**إذا خلطا رأس المال**) ش: وكان رأس المال مشتركا بينهما م: (**فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول**) ش: أراد به النكتة الأولى ، وهي لزوم قسمة الدين في الذمة م: (**هو على الخلاف**) ش: المذكور م: (**وعلى الوجه الثاني**) ش: أراد به النكتة الثانية م: (**هو**) ش: قوله ولأنه لو جاز لشاركه . . . إلى آخره م: (**على الاتفاق**) ش: أي صح صلح أحدهما على الاتفاق على رأس ماله لأن رأس المال إذا لم يكن مخلوطًا وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه ، لأنه لا حق له فيه لأنه مال الغير .

***

فصل في التخارج

قال: وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً ؛ لأنه أمكن تصحيحه بيعاً وفيه أثر عثمان -رضي الله عنه- فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار، قال: وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبًا، أو كان ذهباً فأعطوه فضة فهو كذلك ؛ لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس، لأنه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً

م: **(فصل في التخارج)**

ش: أي هذا فصل في بيان حكم التخارج. والتخارج لغة: إخراج كل واحد من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه، كذا في «الصحاح»، وشرعًا: إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع إليه وسببه طلب الخارج من الورثة عند رضى غيره، وشرطه أن لا تكون التركة مشغولة بالدين كلها أو بعضها، وأن يكون ما أعطاه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس، وشرطه عند البعض أيضًا أن تكون أعيان التركة معلومة بأنها من أي جنس عند الصلح.

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً)** ش: قيد بقوله: والتركة عقار أو عروض ؛ لأنها إذا كانت ذهبًا أو فضة يجيء حكمها بعد هذا م: **(لأنه أمكن تصحيحه بيعًا)** ش: إنما تعين البيع فيه لجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه، لأن الإبراء عن الأعيان غير المضمونة لا يصح فتعين البيع م: **(وفيه)** ش: أي وفي جواز التخارج م: **(أثر عثمان - رضي الله عنه - فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف -رضي الله عنه - عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار)** ش: هذا غريب بهذا اللفظ. وروى عبد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار أن امرأة عبدالرحمن بن عوف - رضي الله عنها - أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم [1].

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا)** ش: أي أو كانت التركة ذهبًا م: **(فأعطوه فضة فهو كذلك)** ش: يعني جاز قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً م: **(لأنه بيع الجنس، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس، لأنه صرف غير أن الذي في يده)** ش: أي غير أن الوارث الذي في يده م: **(بقية التركة إن كان جاحداً)** ش: أي

---

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٢٨٩) من طريق ابن عيينة عن عمرو بن دينار أن امرأة عبدالرحمن بن عوف أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم.

يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، وإن كان مقراً لا بد من تجديد القبض ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح . وإن كانت التركة ذهبًا وفضة وغير ذلك ، فصالحوه على فضة أو ذهب ، فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ، حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا ، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر . ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا . ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع ، لكن يشترط التقابض للصرف . قال : وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل ؛

التركة م: (**يكتفى بذلك القبض**) ش: أي القبض السابق يعني لا يحتاج إلى تجديد القبض م: (**لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح**) ش: وهو قبض ضمان لأنه مثله .

م: (**وإن كان**) ش: أي الذي في يده بقية التركة م: (**مقراً**) ش: أي بالتركة م: (**لابد من تجديد القبض ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح**) ش: لأنه إن كان مقراً فلابد من تجديد القبض بالتخلية بالانتهاء إلى أن يتمكن فيه من قبضه ، لأن قبضه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان والأصل أن القبض إذا تجانسا أمانة أو ضمانًا ناب أحدهما مناب الأرض ، وإن اختلفا بأن قبض الضمان عن قبض الأمانة ولا ينعكس .

م: (**و إن كانت التركة ذهبًا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة ، لأنه صرف في هذا القدر . ولو كان بدل الصلح عرضًا جاز مطلقًا لعدم الربا**) ش: يعني جاز هو قل بدل الصلح أو كثر لأنه لا يلزم الربا ولا يشترط فيه التقابض أيضًا ، لأنه ليس بصرف .

م: (**ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضًا جاز الصلح كيفما كان**) ش: يعني بلا اشتراط التساوي في الجنس والزيادة على ذلك قل بدل الصلح أو كثر م: (**صرفًا للجنس إلى خلاف الجنس**) ش: تصحيحًا للعقد م: (**كما في البيع**) ش: حيث يصرف الجنس إلى خلاف الجنس تحرزاً عن الربا م: (**لكن يشترط التقابض للصرف**) ش: أي لأجل كونه صرفًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح**) ش: أي أدخلوا الدين في الصلح م: (**على أن يخرجوا المصالح**) ش: بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل م: (**عنه**) ش: أي عن الدين م: (**ويكون الدين لهم فالصلح باطل**) ش: أي في الكل

لأن فيـه تمليك الدين من غير من عليـه وهوحصة المصـالح . وإن شرطوا أن يبرأ الغـرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز ؛ لأنه إسقاط أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز ، وهذه حيلة الجـواز . وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين. وفي الوجهين ضـرر لبقية الورثة ، والأوجه أن يـقرضوا المصـالح مقـدار نصيبـه ويصالحـوا عما وراء الدين ويحـيلهم على استـيفاء نصيـبه من الغرماء ، ولو لم يكن في التـركة دين وأعيـانها غير مـعلومة والصلح على المكيل والموزون قيل : لا يجوز لاحتمال الربا ، وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ،

في العين والدين م: (**لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه**) ش: أي الدين م: (**وهو حصة المصالح**) ش: أي تمليك الدين من غير من عليه حصة المصالح بكسر اللام .

م: (**وإن شرطوا أن يبرأ الـغرماء منه**) ش: يعني إذا شرط الورثة أن يبرأ المصالح من نصيبه من دين الغرماء وهم المديون م: (**ولا يرجع**) ش: أي الورثة م: (**عليهم**) ش: أي على الغرماء م: (**بنصيب المصالح فالـصلح جائز لأنه إسقاط**) ش: أي إسقاط من ذمة المديون م: (**أو هو تمليـك الدين ممن عليه الدين وهو جائز ، وهذه حـيلة الجواز وأخرى**) ش: أي وحيلة أخرى م: (**أن يعجلوا**) ش: الورثة م: (**قضاء نصيبه**) ش: أي نصيب المصالح من الدين حال كونهم م: (**متبرعين ، وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة**) ش: أما في الوجه الأول فلعدم تمكنهم من الرجوع على الغرماء . وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة ، والنقد خير من الدين .

م: (**والأوجه**) ش: أي في جـواز م: (**أن يقرضوا المصالح مـقدار نصيبه**) ش: من الدين م: (**ويصالحوا عـما وراء الدين ويحيلهم**) ش: أي ويحيل المصـالح الورثة م: (**على استيفـاء نصيبه من الغرماء**) ش: . وذكر الخصاف هذا الوجه في كتابه «الحيل» م: (**ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون**) ش: ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري، يعني إذا لم يكن في التركـة دين على الناس ولكن أعـيان التـركة ليست مـعلومـة فصالح بعض الورثة من نصيبـه على كيلي كالحنطة والشعير ووزني كالحـديد والصفر ، فهل يجـوز هذا الصلح أم لا ؟ اختلف المشايخ فيه . م: (**قيل: لا يجوز لاحـتمال الربا**) ش: لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي ووزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من مثالي ذلك أو أقل ، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا .

م: (**وقيل يجوز لأنه شبـهة الشبهة**) ش: وإنما المعتبر الشبهة لا شبـهة الشبـهة وذلك لأنه لو علم أعيان التركة ولكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب المصالح يكون شبهة ، فإذا لم يعلم أعيان التركة يكون شبهة الشبهة لأنه يحتمل أن يكون في التركة كيلي ووزني ، ويحتمل أن لا يكرن ، والقائل بعدم الجواز المرغيناني ، والقائل بالجواز هو أبو جعفر الهندواني . وفي «فتاوى

ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة، قيل لا يجوز لكونه بيعاً، إذ المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة، لأن التركة لم يتملكها الوارث، وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز. وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً.

قاضي خان» : والصحيح ما قاله أبو جعفر. م: **(ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعًا)** ش: أي لكون الصلح بيعًا م: **(إذ المصالح عنه عين)** ش: وبيع المجهول لا يصلح وهو قياس مذهب الشافعي م: **(والأصح أنه يجوز)** ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - م: **(لأنها)** ش: أي أن الجهالة م: **(لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية عن الورثة)** ش: ولا يطلبوا شيئًا آخر من المصالح مقابل بدل الصلح. م: **(وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة، لأن التركة لم يتملكها الوارث)** ش: وبه قال الشافعي في وجه م: **(وإن لم يكن مستغرقًا)** ش: أي وإن لم يكن الدين مستغرقًا للتركة م: **(لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه)** ش: أي دين الميت م: **(فتقدم حاجة الميت، ولو فعلوا قالوا يجوز)** ش: جاز لأن القليل لا يمنع الإرث وبه قال الشافعي في وجه. م: **(وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحسانًا وتجوز قياسًا)** ش: وذكر في «الذخيرة» : القياس والاستحسان من غير نسبته إلى الكرخي، وهكذا في «مبسوط شيخ الإسلام»، وفيه : إذا كان الدين غير مستغرق فالقياس أن لا يقسم ولكن يوقف الكل، وفي «الاستحسان» : يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي بينهم بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقًا هل يمنع ملك الوارث في التركة أم لا، فالقياس أن يمنع، لأن ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين وفي «الاستحسان» : لا يمنع حتى لو كان المورث جارية حل وطؤها نفيًا للضرورة عن الوارث، إذ لا تخلو التركة عن قليل الدين والله أعلم بالصواب.

***

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، سمي به ، لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ، وهي مشروعة للحاجة إليها فإن الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه ،

م: (كتاب المضاربة)

ش: وجه المناسبة بين الكتابين من حيث إن كلاً منهما مشتمل على الاسترباح . أما المضاربة فإن مبناها على هذا ، وأما الصلح فإن المصالح سعي المدعى عليه مسترباح ، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت .

م: (**المضاربة**) ش: على وزن مفاعلة م: (**مشتقة من الضرب في الأرض**) ش: وهو السير فيها ، قال الله عز وجل : ﴿ **وآخرون يضربون في الأرض** ﴾ (المزمل : الآية ٢٠) .

أعني بالضرب السفر للتجارة سمي هذا العقد لأن المضارب يسير في الأرض غالبًا طلبًا للربح .

وتسمية أهل المدينة هذا العقد معاوضة وقراضًا مشتقا من القرض وهو القطع ، وصاحب المال يقطع قدراً من المال عن تصرفه ويجعل التصرف فيه للعامل بهذا العقد ، واختار هذا أصحاب الأئمة الثلاثة ، وقالوا : كتاب القراض واختار أصحابنا لفظ المضاربة لموافقة الكتاب .

وفي الاصطلاح : هي إعارة المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا م: (**سمي به**) ش: ذكر الضمير في الموضعين باعتبار العقد أي سمي عند المضاربة بهذا اللفظ م: (**لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله**) ش: وفيه مناقشة ، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئًا ، والكلام الموجه أن يقال لأن المضارب يسير في الأرض طلبًا للربح كما ذكرنا .

م: (**وهي مشروعة للحاجة إليها**) ش: أشار بهذا إلى مشروعية بيان هذا النوع من التصرف وذلك بالكتاب : وهو قوله تعالى ﴿ **وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله** ﴾ (المزمل : الآية ٢٠) ، أعني بالضرب السفر للتجارة ، وبالسنة على ما يأتي .

ولأجل احتياج الناس إلى هذا التصرف وبين هذا بالفاء التفسيرية لقوله م: (**فإن الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه**) ش: أي في المال و«الغبي» بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة على وزن فعيل من الغباوة وهي : قلة الفطنة .

وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة إلى شرح هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني ، وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة - رضي الله عنهم -

---

م: (**وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه**) ش: أي عن المال والصفر بكسر الصاد المهملة وسكون الفاء الخالي ، يقال بيت صفر من المتاع ، ورجل صفر اليدين م: (**فمست الحاجة**) ش: أي إذا كان الأمر كذلك مست الحاجة م: (**إلى شرح هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني**) ش: لأن الله تعالى خلق الخلق أطواراً مختلفة الطبائع مباين التصرفات والحرف ، مشتملين على الفقير والغني ، محتاجين إلى إعانة بعضهم بعضا ، فلا جرم شرع هذا التصرف ونحوه ليقوم بها معاشهم وتحصل بها أغراضهم .

م: (**وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه**) ش: الواو في والناس للحال والضمير المنصوب في يباشرونه والمجرور عليه يرجون إلى عقد المضاربة لا إلى المضاربة لفظها .

وقد ذكر السغناقي ناقلاً عن «المبسوط» : ثم جواز هذا العقد عرف بالسنة والإجماع :

فالسنة ما روي أن العباس بن عبد المطلب - رضي الله عنه - كان إذا دفع مالاً مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحراً وأن لا ينزل وادياً ولا يشتري ذات كبد رطب فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فاستحسنه[(١)] .

وتبعه على ذلك الكاكي وصاحب «العناية» وغيرهما ، ولم أر واحداً منهم بين أصل الحديث ، وحاله ومن خرجه . فأقول : هذا الحديث أخرجه البيهقي عن يونس بن أرقم حدثنا أبو الجارود وعن حبيب بن يسار عن ابن عباس ، قال : كان العباس -رضى الله عنه - إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً لا يشتري به ذات كبد رطبة ، فإن فعل فهو ضامن فوقع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه، وأبو الجارود : زيادة بن المنذر كذبه ابن معين .

م: (**وتعاملت به الصحابة - رضي الله عنهم -**) ش: أي بعقد المضاربة كما ذكرنا روى مالك في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان -رضي الله عنه - على أن الربح بينهما[(٢)] وروى البيهقي من حديث ابن وهب أخبرني ابن لهيعة عن أبي الزبير عن جابر - رضي الله عنه - أنه سأله عن الرجل يعطي المال رجلاً قراضًا فيشترط له كما

---

(١) أخرجه البيهقي في « السنن» (٦/ ١١١) ، وقال : تفرد به أبو الجارود ، زياد بن المنذر وهو كوفي ضعيف كذبه يحيى بن معين وضعفه الباقون .

(٢) من طريق مالك أخرجه البيهقي عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده (٦/ ١١١) وإسناده حسن .

ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة ،

أعطى نحو يوم أخذ ، قال : لا بأس بذلك[1] .

وأخرج الدارقطني عن ابن لهيعة قال : حدثنا أبو الأسود عن عروة بن الزبير وغيره أن حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة فضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تحمله في بحر ولا تنزل به في بطن مسيل ، فإن فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالي[2] .

وأخرج البيهقي في «المعرفة» من طريق الشافعي - رحمه الله - أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أعطى مال يتيم مضاربة وكان يعمل به بالعراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح ، وأخرج أيضًا عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود - رضي الله عنه - أعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة .

وأخرج هذا أيضا الحسن بن زياد في كتاب «المجرد» وقال : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عبد الله بن مسعود أنه أعطى زيد بن خليدة البكري مالاً مضاربة فأسلم زيد بن خليدة المضاربة إلى رجل من بني شيبان يقال له عتريس بن عرقوب في قلائص إبل فحلت فأدى بعضها فذكر ذلك لعبدالله فقال : خذ منه رأس مالك فلا تسلم في شيء من الحيوان م: (**ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده**) ش: وليس فيه خلاف .

وفي «شرح الطحاوي» : أن يصير المال مضمونًا عند المضارب أن يقرض من المضارب ويشهد عليه ويسلمه إليه ، ثم يأخذه منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفع إليه يستعين به في العمل حتى لو هلك به هلك كالقرض وإذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشركة .

وحيلة أخرى أن يقرض جميع المال من المضارب إلا درهمًا واحداً ويسلمه إليه ثم إنهما يشتركان في ذلك شركة عنان ، على أن يكون رأس مال المقرض درهما ، ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض ، على أن يعملا جميعًا وشرطا على أن الربح بينهما ، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فإن هلك المال في يده فالقرض عليه ، ولو ربح فالربح بينهما على الشرط .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن المضارب م: (**قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل**) ش: احترز عن المقبوض على سوم الشراء والقرض ، فإنه مضمون م: (**والوثيقة**) ش: أي ولا على وجه الوثيقة

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ١١١) وفيه ابن لهيعة وهو ضعيف.

(٢) أخرجه الدارقطني في البيوع (٣/ ٦٣) وفيه ابن لهيعة وهو ضعيف.

وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه . وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءًا من المال بعمله ، فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله ، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره . قال: المضاربْة عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها ، ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً .

واحترز به عن الرهن فإنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين م: (**وهو وكيل فيه**) ش: أي المضارب وكيل في المدفوع إليه ، و قال الأترازي : وكيل في العمل والأول أقرب وأصوب . م: (**لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه**) ش: ولهذا يرجع عليه بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل.

م: (**وإذا ربح فهو شريك فيه**) ش: أي في الربح وليس المراد أنه شريك في رأس المال مع الربح ، لأنه لم يشركه في رأس المال وإنما شركه في الربح م: (**لتملكه جزءًا من المال بعمله**) ش: أي لتملك المضارب جزءاً من المال وهو الربح الشائع فيه وذلك بسبب عمله وسعيه .

م: (**فإذا فسدت**) ش: المضاربة م: (**ظهرت الإجارة**) ش: لأنه يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الأجر كالأجرة على عمله م: (**حتى استوجب العامل أجر مثله**) ش: لأنه يكون في الإجارات م: (**وإذا خالف كان غاصبًا لوجود التعدي منه على مال غيره**) ش: فيصير المال مضمونًا عليه وبه قالت الثلاثة وأكثر أهل العلم .

وعن علي - رضي الله عنه - لا ضمان على من شركه في الربح ، وبه قال الحسن والزهري- رحمهما الله - .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**المضاربة ، عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين**) ش: هذا تفسير للمضاربة على الاصطلاح ، ولكن لما كان فيه نوع حقار لأنه قال عقد على الشركة ولم يبين أن الشركة فيما إذا فسر المصنف بقوله م: (**ومراده**) ش: أي مراد القدوري -رحمه الله- من قوله عقد على م: (**الشركة في الربح**) ش: لا في رأس مال مع الربح ، لأن رأس المال لرب المال. م: (**وهو**) ش: أي الربح م: (**يستحق بالمال من أحد الجانبين ، والعمل من الجانب الآخر**) ش: وهو المضارب وقوله : يستحق على صيغة المجهول م: (**ولا مضاربة بدونها**) ش: أي بدون الشركة وأشار به إلى أن العقد ينتفي بانتفائها .

م: (**ألا ترى**) ش: إيضاح لقوله : عقد على الشركة وقوله : لا مضاربة بدونها م: (**أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضًا**) ش: وقال مالك : يكون مضاربة صحيحة في الوجهين . وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : إذا قال : خذه

قال : ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل . ولو دفع إليه عرضاً وقال: بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز ؛ لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ،

مضاربة والربح لي أو لمك يفسد عقد المضاربة ولا ينصرف إلى شيء .

م: (**قال : ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة**) ش: أي قال القدوري : وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عندهما أو فلوسًا رائجة عند محمد وبما سواها لا يجوز ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، ونص في «الذخيرة» : أنه إجماع . وقال السغناقي : العروض لا تصلح لرأس المال عندنا خلافًا للإمام مالك .

وكذا الكيلي والوزني خلافًا لابن أبي ليلى ، وقد نظر فيه الكاكي بقوله : وما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند الإمام مالك تصح المضاربة بالعروض لم نجده في كتبهم ، بل ذكر فيها لا يصح بالعروض .

قلت : قد ذكر في «جواهر المالكية» ما هو أبلغ منها وهو أنه لا يجوز بالنقرة التي ليست مضروبة إذا كان التعامل بالمسكوك ولا يجوز بالفلوس عند ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، ولا بالدراهم المغشوشة م: (**وقد تقدم بيانه من قبل**) ش: أراد به باب الشركة .

م: (**ولو دفع إليه عرضًا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز**) ش: وجه ذكره تفريعا على مسألة القدوري ويعني بهذا ، وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعرض وأخرى ذكرها الخصاف في الحيل ، وقال :

قلت : أرأيت رجلاً أراد أن يدفع إلى رجل مضاربة وليس عنده إلا متاع كيف يصنع ، قال : يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيه ويدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه ، وفي مسألة الكتاب خلافًا للثلاثة فعندهم لا يجوز لجهالته .

م: (**لأنه**) ش: عند المضاربة م: (**يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة**) ش: يعني أنه مشتمل على التوكيل والإجارة بالراء المهملة أو بالزاي ، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء ، وصورة إضافة التوكيل إلى المستعمل بأن يقول وكلتك بأن تبيع عبدي هذا غداً فإنه يصير وكيلا غداً وبعده ، ولا يصير وكيلاً قبل الغد ، وصورة إضافة الإجارة أن يقول آجرتك داري غداً فإن الإجارة تنعقد عند مجيء الغد لا قبله .

وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة -رحمه الله- لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فتصير مضاربة بالعرض . قال : ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح ، لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ، ولابد منها كما في عقد الشركة ،

م: (**وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا**) ش: أشار به إلى قوله لأنه يقبل الإضافة م: (**بخلاف ما إذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة**) ش: بالاتفاق بين أصحابنا مع اختلاف التخريج ، أشار إليه بقوله م: (**لأن عند أبي حنيفة- رحمه الله- لا يصح هذا التوكيل**) ش: وهو أنه لو وكله بشراء بما في ذمته لا يصح عنده م: (**على ما مر في البيوع**) ش: أراد به بيوع الوكالة لا كتاب البيوع .

وفي بعض النسخ وقد مر في البيوع وذلك لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو حرام ، والذي ذكره في كتاب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة هو قوله ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بهذا العبد . . . إلى آخره .

م: (**وعندهما يصح**) ش: أي هذا التوكيل ومع هذا لا تصح المضاربة ، أشار إليه بقوله م: (**لكن يقع الملك في المشترى**) ش: بفتح الراء يقع م: (**للآمر فتصير مضاربة بالعرض**) ش: فتصير فاسدة ، واستشكل على المسألة الأولى بما إذا قال اقبض جميع الألف التي لي على فلان ثم اعمل بها مضاربة فقبض المأمور نصف ما على المديون وعمل به مضاربة فإنه لا يجوز .

وأجيب: بأنه ثم للتعقيب مع التراخي وقد أخر الأمر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال، فما لم يقبض جميع الألف لا يصح ، وأيضًا يكون مخالفا بالعمل بالبعض قبل قبض الكل فلا يصح ، كما إذا قال لزوجته اقبضي جميع المال الذي على فلان وأنت طالق، فقبضت البعض لم تطلق ولو قال اقبضي جميع المال الذي على فلان أنت طالق طلقت للحال للقبض إذا لم يرو الزوج واو الحال .

م: (**قال : ومن شرطها**) ش: أي قال القدوري : ومن شرط المضاربة م: (**أن يكون الربح بينهما مشاعًا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح**) ش: وفي بعض النسخ لا يشترط لأحدهما دراهم مسماة م: (**لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما**) ش: أي بين رب المال والمضارب، لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر . م: (**ولا بد منها**) ش: أي من الشركة ، فإذا انتفت الشركة المشروطة لجوازها انتفت المضاربة ، لأن المنافي لشرط جواز الشيء مناف له وإذا ثبت أحد المنافيين انتفى الآخر م: (**كما في عقد الشركة**) ش: حيث لا يكون عقد من عقود الشركة إلا

قال : فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله ؛ لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح ، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنه نماء ملكه ، وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ، ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف -رحمه الله- خلافاً لمحمد -رحمه الله-كما بينا في الشركة . ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل ، لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها ،

بالاشتراك .

م: (**قال**) ش: أي في الجامع الصغير م: (**فإن شرط زيادة عشرة**) ش: هذا تفسير لما قبله ، أي إن شرط في العقد زيادة عشرة دراهم مثلا على ما شرطا م: (**فله أجر مثله**) ش: أي فللعامل أجر مثله م: (**لفساده**) ش: أي لفساد عقد المضاربة ، وهذا لا خلاف فيه . قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على فساد المضاربة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة م: (**فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح**) ش: الضمير في لعله يجوز أن يعود إلى المضاربة ويجوز أن يعود إلى المال والأول أقرب .

م: (**وهذا**) ش: أي وجوب أجر المثل م: (**لأنه ابتغى**) ش: أي لأن المضارب طلب يعني لرب المال بالعقد وابتغى به م: (**عن منافعه عوضًا ولم ينل**) ش: أي العوض م: (**لفساده**) ش: أي لفساد العقد ولابد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لأنه لرب المال ، أشار إليه بقوله م: (**والربح لرب المال ، لأنه نماء ملكه**) ش: وإذا كان كذلك فله أجر المثل .

م: (**وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: فكان وجوده كعدمه . وقيل : الثلث أو الربع المشروط في العقد م: (**خلافًا لمحمد - رحمه الله -**) ش: فإن عنده يجب بالغًا ما بلغ وبه قالت الثلاثة م: (**كما بينا في الشركة**) ش: أي كما بينا هذا الحكم مع الخلاف في كتاب الشركة ولم يبين في الشركة شيئًا إنما قال في الشركة الفاسدة فللمعين يعني في الاحتطاب ونحوه أجر مثله بالغًا ما بلغ عند محمد .

وعند أبي يوسف لا تجاوز به نصفًا عن ذلك أي بيان في هذا م: (**ويجب الأجر وإن لم يربح**) ش: أي المضارب م: (**في رواية الأصل**) ش: أي «المبسوط» ، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية م: (**لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع**) ش: كما في الأجير الخاص ، فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه م: (**أو العمل**) ش: كما في الأجير المشترك م: (**وقد وجد**) ش: أي المذكور من تسليم المنافع والعمل .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله -أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها**) ش:

والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة ، ولأنه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة

قول المضاربة الفاسدة في إمضاء حكمها وفي استحقاق الربح ، فإذا لم يجب في الصحيحة إذا لم يربح ففي الفاسدة أولى أن لا يجب .

قال السغناقي : **فإن قلت:** ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل ، فإنه قول بأن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد . **قلت:** الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع ، وها هنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة الإجارة والفاسد تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة في استحقاق الأجر عند إيفاء العمل ، انتهى .

قلت : بل اعتبار فاسد المضاربة بصحيحها أولى من جعلها إجارة لأنهما قد تراضيا أن يكون العامل جزء من الربح إن حصل ربح ، وبالحرمان إن لم يحصل ولم يرض رب المال يكون في ذمته شيء في مقابلة عمل العامل ، فإذا أوجبتم في ذمته شيئًا كان إيجابًا بغير دليل وهدم الأصل الضعيف أولى من إلغاء التعليل الصحيح .

م: (**والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة**) ش: وبه قالت الثلاثة . وفي «المبسوط» : عن ابن سماعة عن محمد : أنه يضمن المال م: (**ولأنه عين مستأجرة في يده**) ش: أو لأن المال عين مستأجرة في يد المضارب ، وفي بعض النسخ عين مستأجر أي عين استوجد المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كالأجير الواحد ، وهذا التعليل يشير إلى المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث إنه لا يمكنه أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر ، وهذا قول أبي جعفر الهندواني .

وقيل : المذكور هنا قول أبي حنيفة ، وعندهما ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه ، وهذا قول الطحاوي ، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك وهو لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صفة عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما ، قال الإمام الأسبيجابي في شرح «الكافي» : ولا يصح أنه لا ضمان على قول الكل .

م: (**وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده**) ش: أي يفسد عقد المضاربة كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها لأنه جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح م: (**لاختلال مقصوده**) ش: وهو الربح .

م: (**وغير ذلك من الشروط الفاسدة**) ش: أي الشروط التي لا توجب الجهالة في الربح م:

لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب . قال : ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ، ولا يد لرب المال فيه ؛ لأن المال أمانة في يده ، فلا بد من التسليم إليه ، وهذا بخلاف الشركة ، لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه ، أما العمل في الشركة من الجانبين ؛ فلوشرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة ، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ؛ لأنه يمنع خلوص يد المضارب ، فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود ،

(**لا يفسدها**) ش: أي المضاربة م: (**ويبطل الشرط**) ش: أي بل يبطل نفس ذلك الشرط ، وبه قالت الثلاثة، وعن الشافعي وأحمد يفسد العقد م: (**كاشتراط الوضيعة**) ش: أي الجنسين .

وقيل : الوضيعة اسم لجزء هالك من المال م: (**على المضارب**) ش: وفي الإيضاح والذخيرة عليهما ، وفي «التحفة» : عليه أو عليهما ، قيل : شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه ، بل يبطل المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة .

أجيب : بأنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة ، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير ، وقوله بعد هذا مخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، معناه عن تحققه فافهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا بد أن يكون المال مسلمًا إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه**) ش: أي بتصرف أو عمل م: (**لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه**) ش: كالوديعة م: (**وهذا بخلاف الشركة ، لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه**) ش: وبقائه لا يمنع الخلوص. م: (**أما العمل في الشركة من الجانبين ، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة**) ش: لأنها انعقدت على العمل بينهما فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد أصلاً كذا في «الإيضاح» .

م: (**وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف ، فلا يتحقق المقصود**) ش: ولا يعلم فيه خلاف .

ولكن ذكر في «الذخيرة » : حكي عن الفقيه محمد بن إبراهيم الضرير أنه لو شرط رب المال لنفسه أن يتصرف في المال بانفراده متى بدا له وأن يتصرف المضارب في جميع المال متى بدا له جازت المضاربة .

وإنما لا يجوز شرط عمله رب المال مع المضارب إذا شرط العمل جملة ، لأنه حينئذ لا

سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير ، لأن يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب . وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً ، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون ، بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما ، فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال . قال : وإذا صحت المضاربة مطلقة

يصير المال مسلمًا إلى المضارب م: (**سواء كان المالك عاقدًا أو غير عاقد كالصغير**) ش: إذا دفع أبوه أو وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز م: (**لأن يد المالك ثابتة له**) ش: أي للصغير م: (**وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب**) ش: كما في «الكبير» .

م: (**وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه**) ش: فسدت المضاربة م: (**لقيام الملك له**) ش: تعليل لقوله وكذا أحد المتفاوضين يعني يفسد العقد إذا عقد أحد الشريكين وشرط عمل صاحبه لقيام الملك لصاحبه م: (**وإن لم يكن عاقدًا**) ش: فيمنع وإن لم يكن صاحبه عاقدًا .

فإذا كان كذلك فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك م: (**واشتراط العمل على العاقد ، مع المضارب وهو غير مالك يفسده**) ش: عقد المضاربة م: (**إن لم يكن من أهل المضاربة فيه**) ش: أي في المال م: (**كالمأذون**) ش: يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله على المضاربة يفسد العقد ، لأن يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه ينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعًا لصحة المضاربة ، هذا وليس بقياس ، بل هو تنظير لما إذا كان العاقد غير مالك .

م: (**بخلاف الأب والوصي**) ش: إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل بأنفسهما مع المضارب بجزء مع الربح فهو جائز م: (**لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما، فكذا اشتراطه**) ش: أي اشتراط العمل م: (**عليهما بجزء من المال**) ش: لأن كل مال يجوز أن يكون الوصي مضاربًا وحده جاز أن يكون مضاربًا فيه مع غيره .

وهذا لأن تصرف الأب أو الوصي واقع للصغير حكمًا بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وكشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير ، لأنه رب المال وقد تحققت .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا صحت المضاربة مطلقة**) ش: بأن لم تكن مقيدة بزمان ومكان ، فإذا قال : دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فهذه مضاربة مطلقة ، كذا في «الذخيرة» .

جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد ، والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم . وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة ، ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه ، لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه ليس له أن يسافر . وعنه عن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر به لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده ؛ لأنه هو المراد في الغالب . والظاهر ما ذكر في الكتاب . قال : ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له : اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه ، أو التفويض المطلق إليه ،

م: (جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه) ش: أي من عقد المضاربة م: (الاسترباح ولا يتحصل) ش: أي الاسترباح م: (إلا بالتجارة فينتظم العقد) ش: أي العقد المطلق م: (صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم ، وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة) ش: أي السفر والمفاعلة هذه ليست على بابها كما في المسارعة إلى الخير .

م: (ألا ترى أن المودع له أن يسافر ، فالمضارب أولى) ش: بأن يسافر م: (كيف وأن اللفظ دليل عليه) ش: أي كيف لا يسافر والحال أن لفظ المضاربة دليل على السفر ، أي على جوازه .

م: (لأنها) ش: أي لأن المضاربة م: (مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير ، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه ليس له أن يسافر) ش: قيل هذا إذا لم يقل له اعمل برأيك .

م: (وعنه) ش: أي وعن أبي يوسف م: (عن أبي حنيفة أنه - رحمه الله- إن دفع في بلده) ش: أي في بلد المضارب م: (ليس له أن يسافر به لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة ، وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده ؛ لأنه هو المراد في الغالب) ش: إذ الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع ، فلما أعطاه عالمًا بغربته كان دليل الرضى بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه م: (والظاهر) ش: أي ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعًا م: (ما ذكر في الكتاب) ش: أي القدوري في مختصره وهو جواز المسافرة بمال المضاربة وإن لم يقل له اعمل برأيك وبه قال مالك .

م: (قال) ش: أي القدوري في مختصره : م: (ولا يضارب) ش: أي المضارب م: (إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك ، لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما) ش: أي لتساوي الشيئين المتماثلين م: (في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه) ش: التنصيص بالإذن وليس يعلم فيه خلاف ، والتفويض المطلق بقوله اعمل برأيك .

وعند الشافعي وأحمد : لا يجوز فيه أيضًا إلا بإذن ، وأورد على هذا المستعير والمكاتب

وكان كالتوكيل ، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به إلا إذا قيل له اعمل برأيك ، بخلاف الإيداع والإبضاع ، لأنه دونه فيتضمنه . وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له : اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل له به الغرض وهو الربح ، لأنه لا تجوز الزيادة عليه . أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم ، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول . قال : وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها

والمستأجر فإنه يجوز للمستعير أن يعير ، وللمستأجر أن يؤجر ، وللمكاتب أن يكاتب ، وكذا العبد المأذون له أن يؤذن عبده .

وأجيب : بأن الكلام في التصرف نيابة وهم لا يتصرفون بحكم المالية ، لأن المستعير والمستأجر ملكا المنفعة ، والمكاتب صار حرًا يدًا ، والعبد المأذون يتصرف بحكم المالكية الأصلية ، إذ الإذن بالتجارة فك الحجر ، وأما المضارب فإنه يعمل بطريق النيابة ، لأن فيها معنى الوكالة والوكيل لا يوكل غيره فكذا هذا م: (**وكان كالتوكيل**) ش: أي وكان أمر المضاربة كأمر التوكيل م: (**فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به ، إلا إذا قيل له اعمل برأيك**) ش: فكذا المضارب لا يملك أن يضارب إلا إذا قيل له اعمل برأيك .

م: (**بخلاف الإيداع والإبضاع ، لأنه دونه**) ش: أي لأن حكمهما دون حكم المضاربة م: (**فيتضمنه**) ش: أي إذا كان كذلك فيتضمن حكم المضاربة حكم الإيداع والإبضاع م: (**وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه**) ش: أي المضارب لا يملك الإقراض .

م: (**وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه**) ش: أي من صنيع التجار م: (**وهو**) ش: أي الإقراض م: (**تبرع كالهبة والصدقة ، فلا يحصل له به الغرض وهو الربح ، لأنه لا تجوز الزيادة عليه**) ش: أي على الإقراض عشرة ، فإنه لو أقرض عشرة ليستوفي أحد عشر لا يجوز ، فلما لم يحصل للربح به لا يكون من صنيع التجار فلا يتناوله التعميم .

م: (**أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم ، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه**) ش: يعني من صنعيهم وبه قال الثوري ومالك وأحمد والشافعي : ليس له الشركة والخلط ، ولو فعل يضمن م: (**فيدخل تحت هذا القول**) ش: وهو قوله : اعمل برأيك والضمير في يدخل يرجع إلى الشركة والخلط على تأويل كل واحد منهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها**) ش: كل واحد من البلد والسلعة بعينها وبه قال أحمد -رحمه

لأنه توكيل ، وفي التخصيص فائدة فيتخصص . وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره . قال : فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن ، وكان ذلك له وله ربحه ، لأنه تصرف بغير أمره ، وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة، وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق ،

الله- قال الشافعي ومالك - رحمهما الله - إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما معهم وجوده لا تصح المضاربة . ويحترز بقوله في بلد بعينه عن السوق بعينه ، فإنه لا يتقيد بذلك بالإجماع ، إلا إذا صرح التخصيص بالمنهي بأن قال: لا يعمل في غير هذا السوق ، فحينئذ يتقيد م: (**لأنه توكيل**) ش: أي لأن المضاربة توكيل ، والتذكير باعتبار عقد المضاربة أو حكمها م: (**وفي التخصيص فائدة فيتخصص**) ش: والفائدة من وجوه :

أحدها : صيانة ماله من خطر الطريق ، والثاني : صيانة ماله عن خيانة المضارب فإنه لو عين عليه بلداً لو قصد الخيانة لمنعه عنها . والثالث : أن الأسعار بحسب الغلاء والرخص تختلف باختلاف البلدان وكذا النقود فكان الشرط مقيداً . والرابع : أن المضارب ما دام في المصر لا يستحق المنفعة في مال المضارب وفي السفر يستحقها فيه .

م: (**وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة**) ش: أي وكذا ليس للمضارب أن يدفع المال بضاعة ، أراد ليس له الإبضاع م: (**إلى من يخرجها**) ش: أي البضاعة م: (**من تلك البلدة**) ش: أي البلدة التي عينها رب المال م: (**لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره**) ش: أي تفويض الإخراج إلى غيره .

م: (**قال**) ش: أي في الجامع الصغير م: (**فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن**) ش: لأنه تصرف فيه بخلاف أمره ، فكان غاصبًا ، ولم يرد من قوله فاشترى ضمن أن الضمان يترتب على الشراء ، لأن الضمان يجب عليه بمجرد الإخراج ، وإنما مراده استقرار الضمان على ما يجيء في الكتاب م: (**وكان ذلك له**) ش: أي الذي اشتراه كان له م: (**وله ربحه**) ش: أي كان له ربحه الذي حصل منه ولكن يتصدق به على قولهما .

وعلى قول أبي يوسف يطيب له الربح فلا يلزمه التصدق م: (**لأنه تصرف بغير أمره**) ش: أي لأن الإخراج أو الشراء بتصرف في ملك غيره بغير أمره فيصير غاصبًا فلم يبق مضاربًا . م: (**وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي**) ش: أي والحال أن الكوفة هي م: (**التي عينها**) ش: أي رب المال م: (**برئ**) ش: أي المضارب م: (**من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك**) ش: أي المخالفة م: (**ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق**) ش: الضمير في الموضعين

وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ، ثم شرط الشراء بها هنا وهو رواية « الجامع الصغير » . وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج ، والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه . أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب

يرجع إلى المضاربة ، والتذكير في الأول باعتبار العقد ، وفي الثاني باعتبار المال .

فإن قيل : قوله ورجع المال صح مضاربة يدل على أنها زائلة ، وإذا قال العقد لا يرجع إلا بالتجديد ، أجيب : بأنه على رواية الجامع الصغير لم يزل ، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وإنما قال : رجع بناء على أنه صار على شرف الزوال ، وأما على رواية « المبسوط » فإنها زالت زوالاً موقوفًا حيث ضمنه بنفس الإخراج .

م: (**وكذا إذا رد بعضه**) ش: أي وكذا تكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذي عينه م: (**واشترى ببعضه في المصر**) ش: أي والحال أنه قد اشترى ببعض المال في المصر الذي عينه م: (**كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا**) ش: أشار به إلى قوله: لبقائه في يده بالعقد السابق في الإيضاح ما اشترى ببعضه فهو له ، وما رد على المضاربة .

م: (**ثم شرط الشراء بها هنا**) ش: أي شرط في «الجامع الصغير» في الضمان الشراء ، حيث قال فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن ، والضمير في بها يرجع إلى المضاربة يعني المراد منه مال المضاربة . ثم فسر قوله ثم شرط الشراء بها هنا بقوله : م: (**وهو رواية الجامع الصغير**) ش: أي المذكور في شرط الشراء هو رواية « الجامع الصغير» .

م: (**وفي كتاب المضاربة**) ش: يعني في « المبسوط» م: (**ضمنه بنفس الإخراج**) ش: أي ضمن المضارب بنفس الإخراج مال المضاربة سواء اشترى بها أو لا م: (**والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب**) ش: يعني لتقرر الوجوب لا لأصل وجوب الضمان .

حاصله أن الضمان يجب بنفس الإخراج ولكنه على شرف الزوال ، فإذا اشترى به تقرر وتأكد ، أشار له بقوله لزوال احتمال الرد . وأما إذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة ، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنًا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي ، قيل : فيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها . قلنا : الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة موضوع إذا استلزم ضرراً ولا ضرر عند الضمان .

وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد ، لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق ، لأنه صرح بالحجر والولاية إليه . ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا

م: (**وهذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد**) ش: أشار بهذا إلى قوله وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه م: (**لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق ، لأنه صرح بالحجر ، والولاية إليه**) ش: أي ولاية الحجر إليه ، أي إلى رب المال .

فإن قيل : ينتقض هذا بما لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد أو على العكس ، حيث لو باعها بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفًا مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت .

الجواب عن هذا : مبني على أصل وهو أن القيد المقيد من كل وجه متبع وغير المقيد من كل وجه لغو ، والمقيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه .

فالأول : كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم ، والثاني : كصورة النقض ، فإن البيع نقدًا بثمن كان خيرًا ، فكان التقييد مضرًا . والثالث كالنهي عن السوق فإنه مقيد من وجه من حيث إن البلدة ذات أماكن مختلف حقيقة وهو ظاهر ، وحكمًا فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظها في غيرها ، وقد تختلف الأسعار أيضًا باختلاف أماكنه .

وغير مقيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما إذا اشترط الاثنان السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة ، فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ، ولم يعتبر عند السكوت .

م: (**ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا**) ش: لما قال فيما مضى وإن خص له رب المال . . . إلى آخره ، شرع هنا يبين معنى التخصيص ما هو وذكر ألفاظًا تدل على التخصيص ، والتقدير : ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي بهذه الألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل ، ومجموع ذلك ثمانية ، ستة منها تقييد التخصيص ، واثنان منها تعتبر مشورة .

والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده ، هو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلامًا لا يصح الابتداء به ويصح متعلق بما تقدم ، جعل متعلقًا به لئلا يلغو ، وإذا أعقب ما يصلح الابتداء لم يجعل متعلقًا بما تقدم لانتفاء الضرورة ، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا ، يكون تخصيصًا ، لأنه أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء ، حيث لا يصح أن

أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له ، أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل. أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق . أما إذا قال : خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها ، لأن الواو للعطف . فيصير بمنزلة المشورة . ولو قال : على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد ،

يبتدئ بقوله على أن تعمل م: (**أو في مكان كذا**) ش: لكونه مثلاً .

والثالث : هو قوله م: (**وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة**) ش: يجوز في اللام الجزم على أنه جواب الأمر ، يجوز الرفع على تفسير أنت تعمل به ، وكلام المصنف يحتل الوجهين م: (**لأنه تفسير له**) ش: أي لأن قوله تعمل به في الكوفة بأن قال خذ هذا المال م: (**أو قال فاعمل به في الكوفة ، لأن الفاء للوصل**) ش: والتعقيب والمتصل المتعقب إليهم تفسير له ، والخامس هو قوله : م: (**أو قال خذه بالنصف بالكوفة**) ش: بأن قال خذ هذا المال بالنصف بالكوفة م: (**لأن الباء للإلصاق**) ش: فتقتضي الإلصاق بموجب الكلام وهو العمل بالمال ملصقًا بالكوفة ، وهو أن يكون العمل فيها .

السادس : لم يذكره المصنف ، وهو أن يقول خذه بالنصف لتعمل به في الكوفة ، وجعل الكاكي النوع الثالث على قسمين باعتبار الجزم والرفع ، ولم يذكر قوله على أن تعمل كذا . وجعل صاحب العناية هذا قسمًا واحدًا ، وجعل السادس ما ذكرناه .

والصواب : أن الذي ذكره المصنف ستة وهي أن تعمل كذا وفي مكان كذا ، أو خذ هذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع وتعمل به بالجزم أو فاعمل في الكوفة ، وبقي لفظًا بعد مشورة ، ولا بعد شرط أحدهما أن يقول دفعت إليك هذا الألف مضاربة بالنصف اعمل بها في الكوفة .

والثاني : أن يقول واعمل بها بالكوفة بالواو ، أشار إليه بقوله م: (**أما إذا قال : خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها ، لأن الواو للعطف**) ش: والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره فاعتبر كلامًا مبتدأ م: (**فيصير بمنزلة المشورة**) ش: كأنه قال إن فعلت كذا كان أنفع . والمشورة بفتح الميم وضم الشين وهو استخراج رأي على غالب الظن .

فإن قيل : فلم تجعل واو الحال كما في قوله أد إلي ألفًا وأنت حر .

أجيب : بعدم صلاحية ذلك ها هنا ، لأن العمل أن يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ .

قلت : لم لا يجوز أن يكون حالاً منتظرة كما في قوله تعالى ﴿ **محلقين رؤوسكم** ﴾ ذكر تفريعًا على ما تقدم .

م: (**ولو قال : على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد**) ش: ذكر هذا تفريعًا على ما تقدم

لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة ، بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز، لأن فائدة الأول التقييد بالمكان ، وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك . قال : وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه ، يبطل العقد بمضيه ، لأنه توكيل فيتوقت بما وقته ، والتوقيت مفيد ، فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان .

قال : وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة

يعني لو قال رب المال خذه مضاربة على أن تشتري إلى آخره م: (**لأنه**) ش: أي لأن تقييده م: (**مفيد لزيادة الثقة به**) ش: أي بفلان م: (**في المعاملة**) ش: لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومسافة في الحساب ،وفي التنزه عن الشبهات ، وبقولنا قال أحمد . وقال الشافعي ومالك - رحمهما الله - : لا يصح هذا التقييد فلا تصح المضاربة ولنا ما ذكرنا . م: (**بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها**) ش: أي المضاربة . وأراد بها مال المضاربة م: (**من أهل الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها**) ش: أي من غير أهل الكوفة م: (**أو من غير الصيارفة جاز**) ش: في الوجهين جميعًا م: (**لأن فائدة الأول**) ش: وهو قوله على أن تشتري بها من أهل الكوفة م: (**التقييد بالمكان**) ش: وهو الكوفة م: (**وفائدة الثاني**) ش: وهو قوله : على أن تشتري من الصيارفة م: (**التقييد بالنوع**) ش: وهو بيع الصرف م: (**وهذا هو المراد عرفًا**) ش: جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال في هذا عدول عن ظاهر اللفظ ، فإن ظاهره يقتضي شراءه من كوفي لا من غيره ، سواء كان في الكوفة أو في غيرها . وتقدير الجواب : أن مقتضى اللفظ قد يترك به بدلالة العرف ، والعرف في ذلك والمنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله ، وقد حصل . ولما لم يخص المعاملة في الصرف بشخص بعينه مع تفاوت الأشخاص دل على أن المراد به فرع الصرف وقد حصل م: (**لا فيما وراء ذلك**) ش: يعني غير المكان في الأول والنوع في الثاني .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وكذلك إن وقت للمضاربة وقتًا بعينه يبطل العقد بمضيه**) ش: يعني أن التوقيت بالزمان مفيد ، فكان كالتقييد بالنوع والمكان م: (**لأنه**) ش: أي لأن عقد المضاربة م: (**توكيل فيتوقف بما وقته**) ش: كالوكالة الموقتة ، وبه قال أحمد في ظاهر روايته وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية : لا يصح توقيته ، لأنه يؤدي إلى ضرر بالعامل . وقال بعض أصحاب الشافعي : إن شرط المدة على أن يبيع بعدها لم يصح وإن شرط على أن لا يشتري بعدها صح . ولنا ما ذكره من قوله م: (**والتوقيت مفيد ، فإنه تقييد بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع**) ش: نحو الطعام م: (**والمكان**) ش: نحو الكوفة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة**)

أو غيرها ، لأن العقد وضع لتحصيل الربح ، وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ، ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة ، بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود . قال : ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة ، لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف .

ش: مثل أبيه وابنه م: (**أو غيرها**) ش: أي أو غير قرابة ، يعني يعتق عليه ، ولكن قرابة بل لوجه آخر ، نحو المحلوف بعتقه ، وبه قال أكثر الفقهاء إذا كان بغير إذن رب المال وإذا كان بإذنه يصح وتنفع المضاربة م: (**لأن العقد وضع لتحصيل الربح ، وذلك**) ش: أي تحصيل الربح م: (**بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق**) ش: أي التصرف مرة بعد أخرى، م: (**فيه**) ش: أي في شراء من يعتق عليه .

م: (**لعتقه**) ش: أي لعتق من يعتق عليه بالشراء فلا يبقى التصرف بعد ذلك ، وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة ، فإن الوكيل بشراء عبد مطلقًا إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفًا ، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة ، حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشتر لي عبدًا أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفًا .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح م: (**لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة**) ش: لانتفاء التصرف فيه لتحصيل الربح .

م: (**بخلاف البيع الفاسد**) ش: يعني يدخل في المضاربة البيع الفاسد ، لأن المبيع يملك بالقبض فيدخل م: (**لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه**) ش: أي لأن المضارب يمكنه بيع المبيع في البيع الفاسد بعد قبضه إياه ، فلا يكون مخالفًا بالبيع الفاسد م: (**فيتحقق المقصود**) ش: وهو تحصيل الربح ، وعند الثلاثة يصير مخالفًا بالبيع الفاسد كما في البيع الباطل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولو فعل**) ش: أي ولو اشترى المضارب من يعتق على رب المال م: (**صار مشتريًا لنفسه دون المضاربة ، لأن الشراء متى وجد نفاذًا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف**) ش: قيد بقوله متى وجد نفاذًا احترازًا عن الصبي والعبد المحجورين فإن شراءهما يتوقف على إجارة الولي والمولى وإن كان نقد الثمن من مال المضاربة بتخيير رب المال بين أن يسترد المقبوض من البائع ، ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة دينًا عليه .

وقال مالك : إن كان العامل عالمًا موسرًا بيع منه بقدر رأس المال ، وإن كان غير عالم عتق على رب المال ولا غرم على العامل ، وعلى هذا لو ظهر ربح يرجع العامل على رب المال بحصته

قال : فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه ؛ لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف ، فيمتنع التصرف ، فلا يحصل المقصود . وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة ، لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة . وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم ؛ لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه ، فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه . ولم يضمن لرب المال شيئاً ؛ لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة ، لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم ، فصار كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه

فيه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن كان في المال ربح لم يجز له**) ش: أي للمضارب م: (**أن يشتري من يعتق عليه**) ش: أي على المضارب م: (**لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال**) ش: لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى لا يجوز بيعه . م: (**أو يعتق**) ش: أي العبد كله عندهما ، أشار إلى هذا بقوله: م: (**على الاختلاف المعروف**) ش: وهو أن الإعتاق يتجزأ عندنا خلافًا لهما م: (**فيمتنع التصرف ، فلا يحصل المقصود**) ش: وهو الاسترباح .

وبقولنا قال الشافعي - رحمه الله- في قول ، وفي قول : يصح ولا يعتق ، لأنه لا يملك الربح بمجرد الظهور على تمليكه بالقسمة ، وبه قال أحمد في رواية وفي وجه : وإن لم يكن في المال ربح يصح بمثل وبالإجماع .

م: (**وإن اشتراهم**) ش: أي وإن اشترى المضارب من يعتق عليه م: (**ضمن مال المضاربة ، لأنه يصير مشتريًا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه**) ش: يعني لا شركة للمضارب في المال حتى يعتق عليه من يشتريه ، أي على المضارب .

م: (**فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم**) ش: أي نصيب المضارب من الذي اشتراهم ممن يعتق عليه ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك في رواية وأحمد في رواية م: (**لملكه**) ش: أي لملك المضارب م: (**بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئًا ، لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة**) ش: وهو نصيبه من الربح .

م: (**لأن هذا**) ش: أشار ما ذكر من زيادة القيمة ومن ملك الزيادة م: (**شيء يثبت من طريق الحكم**) ش: يعني لا اختيار له فيه . وعند الشافعي وأحمد في وجه ومالك في رواية يضمن إن كان موسرًا م: (**فصار كما إذا ورثه مع غيره**) ش: كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركته زوجًا وأخًا أعتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئًا لأخيها م: (**ويسعى العبد في قيمة نصيبه**) ش: أي

منه ؛ لأنه احتسبت ماليته عنده فيسعى فيه ، كما في الوراثة . قال : فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة والمدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق . ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح لكنه لم ينفذ

نصيب رب المال . وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد ومالك -رحمهما الله - إن كان المضارب معسرًا م: (**منه**) ش: أي من العبد م: (**لأنه احتسبت ماليته**) ش: أي مالية العبد م: (**عنده**) ش: أي عند العبد م: (**فيسعى فيه**) ش: أي فيسعى العبد في نصيب رب المال م: (**كما في الوراثة**) ش: كأن ورث جماعةٌ عبدًا يعتق أحدهم نصيبه فإنه يسعى في نصيب الباقين لاحتباس المالية عنده .

م: (**قال : فإن كان مع المضارب ألف بالنصف**) ش: ذكره تفريعًا ، وهو من مسائل الجامع الصغير ، فلذلك ذكره بالفاء ، أي إن كان مع المضارب ألف درهم مناصفة م: (**فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفًا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفًا وخمسمائة والمدعي موسر**) ش: أي والحال أن المدعي للولد وهو المضارب موسر .

قيد بقوله لنفي الشبهة وهو أن الضمان بسبب دعوة المضارب ضمان إعتاق في حق المولى وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار ، فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسرًا مع ذلك لا يضمن .

وفي «مغني» الحنابلة : إن ظهر ربح في المال يصح دعوة وتصير الجارية أم ولد له ويعتق الولد بالقيمة وإن لم يظهر ربح قبل العلوق فالولد رقيق لأنه علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ، وقال مالك يضمن قيمتها يوم الوطء في رواية إن ظهر ربح قبل العلوق .

وقيد بقوله ثم بلغت قيمة الغلام ألفًا وخمسمائة لأنه إذا لم تزد قيمته على ألف فدعوة المضارب باطلة لأنه لا يملك واحدًا من الولد والأم لأن كلا منهما مشغول برأس المال وانتفى الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا ، ويضمن العقد وله أن يبيع الأم والولد لأنهما مال المضاربة .

م: (**فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق ، ووجه ذلك**) ش: أي الحكم المذكور م: (**أن الدعوة صحيحة في الظاهر**) ش: بصدورها من أهلها في محلها م: (**حملا على فراش النكاح**) ش: بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه م: (**لكنه**) ش: أي لكن الادعاء بالولد م: (**لم ينفذ**) ش: أي في حق المعتق .

لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح ،كذا هذا. فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ، ثم إذا زادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق ، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ، أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك ، كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ،

م: (**لفقد شرطه وهو الملك**) ش: أو شبهة في الولد م: (**لعدم ظهور الربح ، لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال**) ش: لأنه يحتمل لأن يهلك أحدهما فيتعين الآخر لرأس المال فلا يظهر الربح م: (**كمال المضاربة إذا صار أعيانًا كل عين منها يساوي رأس المال**) .

ش: كما لو اشترى برأس المال عبدين كل واحد منهما يساوي ألفًا فإنه م: (**لا يظهر الربح**) ش: عندنا خلافًا لزفر م: (**كذا هذا**) ش: أي ما نحن فيه فإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك ، وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد .

واعترض بوجهين : أحدهما : أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحًا . والثاني : أن المضارب إذا اشترى بألف لمضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي ألفًا كان له ربعهما ، حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح .

أجيب : عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاعم لا لأنها رأس المال ، فإن رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن أحدهما أولى لذلك من الآخر فاستقلا برأس المال .

وعن الثاني : بأن المراد بقوله أعيانًا أجناسٌ مختلفة والفرسان جنس واحد فيقسمان جملة واحدة ، وإذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحًا ، بخلاف العبدين ، فإنهما يقسمان جملة واحدة، بل كل واحد يكون بيعها على حيالة لكون الرقيق أجناسًا مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحدًا ، وعنده أيضًا في رواية كتاب المضارب .

م: (**فإذا زادت قيمة الغلام الآن**) ش: أي على مقدار رأس المال م: (**ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة**) ش: لأن سببها كان موجودًا وهو فراش النكاح ، فيثبت النسب منه ، ولكن لم ينفذ الوجود المانع وهو عدم الملك ، فإذا زال المانع صار نافذًا .

م: (**بخلاف ما إذا أعتق**) ش: أي المضارب م: (**الولد ثم زادت القيمة**) ش: أي قيمة الولد فلا يعتق م: (**لأن ذلك إنشاء العتق**) ش: فلم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلاً م: (**فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ، أما هذا**) ش: أي ادعاء النسب م: (**فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه**) ش: فإنه يعتق عليه .

فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد ، لأن عتقه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه ، وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد . وله أن يستسعى الغلام ؛ لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق ، لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة -رحمه الله- ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال ، والخمسمائة ربح ، والربح بينهما ، فلهذا يسعى له في هذا المقدار .

م: (**فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد**) ش: أي عندهما م: (**لقيام ملكه في بعضه ، ولا يضمن لرب المال شيئًا من قيمة الولد**) ش: موسرًا كان أو معسرًا .

وقال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ومالك : يضمن له حصته ، إن كان موسرًا لوجود الصنع منه دعوة النسب فيضمن إذا ملكه .

ولنا ما ذكره من قوله م: (**لأن عتقه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما**) ش: يعني وجودًا م: (**فيضاف**) ش: أي الحكم م: (**إليه**) ش: أي إلى الملك ، لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف آخرهما وجودًا .

أصله مسألة السفينة والقدح المسكر ، ودليله ما روي عن أبي بكر الصديق -رضي الله عنه- أن رجلاً أقر بين يديه بالزيادة ثلاثًا ، فقال : إياك والرابعة فإنها الموجبة .

م: (**ولا صنع له**) ش: أي المضارب م: (**فيه**) ش: أي في ثبوت الملك ، لأنه شاركه بازدياد القيمة ، ولا صنع له فيه ، فلا يكون متعديًا م: (**وهذا ضمان إعتاق ، فلا بد من التعدي ولم يوجد**) ش: وإذا انتفى الضمان يبقى أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق ، أشار إليه بقوله م: (**وله**) ش: أي لرب المال .

م: (**أن يستسعى الغلام ، لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق ، لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين ، لأن الألف مستحق برأس المال ، والخمسمائة ربح ، والربح بينهما ، فلهذا يسعى له**) ش: أي لرب المال م: (**في هذا المقدار**) ش: يعني في ألف ومائتين وخمسين .

فإن قيل : لم لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحًا .

قيل : لأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك ، فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنست للتجانس ، وهذا السؤال والجواب ذكرهما في «الكافي» .

ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك ، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال، لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعًا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه ، كذا هذا ، بخلاف ضمان الولد على ما مر .

وقال صاحب « العناية » : وفيه نظر لأنا جعلنا الجارية رأس المائة وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال .

قلت : الولد زاحمها فتربح بسبب ظهور المربح من جهته .

م: (**ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي**) ش: وهوالمضارب م: (**نصف قيمة الأم، لأن الألف المأخوذ**) ش: أي من الولد م: (**لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء**) ش: على الربح م: (**ظهر أن الجارية كلها ربح ، فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة**) ش: من المضارب. م: (**لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك ، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة**) ش: السابقة .

م: (**وصارت الجارية أم ولد له ، ويضمن نصيب رب المال ، لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعًا**) ش: بل يعتمد الملك وقد حصل م: (**كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة**) ش: أي من جهة الوراثة فإنه م: (**يضمن نصيب شريكه**) ش: كالأخ تزوج جارية أخيه فمات الزوج وترك الجارية ميراثًا بين الزوج وأخ آخر فإن الزوج ملكها بغير صنعه ، فيضمن نصيب شريكه م: (**كذا هذا**) ش: أي ما نحن فيه .

م: (**بخلاف ضمان الولد**) ش: فإنه ضمان إعتاق ، وهو إتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه م: (**على ما مر**) ش: إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والملك ، والملك آخرهما ولا صنع له فيه ، والله أعلم .

* * *

باب المضارب يضارب

قال : وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال ، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا : إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهذا ظاهر الرواية . وقال زفر -رحمه الله- : يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله-، لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع ، وهذا الدفع على وجه المضاربة . ولهما أن الدفع إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل ، فكان الحال مراعى قبله . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع ، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما ، إلا أنه

م: (باب المضارب يضارب)

ش: أي : هذا باب في بيان أحكام المضارب حال كونه يضارب . وقد علم أن المضارع المثبت إذا وقع حالاً يكتفى فيه بالضمير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن**) ش: والحال أنه لم يأذن م: (**له رب المال لم يضمن بالدفع**) ش: أي بمجرد الدفع . وقال زفر - رحمه الله - : والثلاثة يضمن بمجرد الدفع وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه يصير مخالفًا على ما يجيء الآن.

م: (**ولا بتصرف المضارب الثاني**) ش: أي ولا يضمن أيضًا بتصرف المضارب الثاني م: (**حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول**) ش: أي فإذا ربح المضارب الثاني ضمن المضارب الأول م: (**لرب المال ، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة -رحمه الله - وقالا : إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، وهذا ظاهر الرواية وقال زفر - رحمه الله - : يضمن بالدفع**) ش: أي بمجرد الدفع .

م: (**عمل**) ش: أي الثاني م: (**أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف -رحمه الله - لأن المملوك له**) ش: أي للمضارب ، أراد أن الذي يملكه المضارب هو م: (**الدفع على وجه الإيداع ، وهذا الدفع على وجه المضاربة**) ش: فصار مخالفًا فيضمن .

م: (**ولهما أن الدفع إيداع حقيقة**) ش: لأنه أمانة فلا تمليك وله ولاية الإيداع م: (**وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل ، فكان الحال مراعى**) ش: أي موقوفًا م: (**قبله**) ش: أي قبل العمل إن عمل ضمن و إلا فلا .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما**) ش: أي بالإيداع والإبضاع م: (**إلا أنه**) ش: أي أن المضارب الثاني م:

إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره ، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ، فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه ، وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ، ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل : ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وعندهما : يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع .

وقيل : رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول ، وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو

(**إذا ربح فقد ثبت له**) ش: أي فقد أثبت المضارب الأول لرب المال م: (**شركة في المال فيضمن**) ش: لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك إتلاف فيوجب الضمان م: (**كما لو خلطه بغيره**) ش: مال المضاربة بغير مالها .

م: (**وهذا**) ش: أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح والعمل على ما ذكرنا م: (**إذا كانت المضاربة صحيحة**) ش: أطلق المضاربة ولم يبين أن المراد بها المضاربة الأولى والثانية أو كلتيهما ليتناول كلا منهما ، فإن الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعًا لم يضمن الأول ، لأن الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان ، وكذا لو كانت الأولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا ، وكذا إذا كانت الأولى فاسدة والثانية جائزة ، وإنما يجب الضمان عليهما إذا كانت المضاربتان جائزتين .

فإن قيل : إذا كانت الأولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية ، لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم .

أجيب : بأن المراد جواز الثانية حينئذ ما يكون جائزًا بحسب الصورة بأن يكون المشروط الثاني من الربح مقدار ما يجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط للأول نصف الربح ومائة مثلا وللثاني نصفه .

م: (**فإن كانت**) ش: أي المضاربة م: (**فاسدة لا يضمنه الأول**) ش: أي المضارب الأول م: (**وإن عمل الثاني**) ش: أي المضارب الثاني م: (**لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به**) ش: أي الشركة الموجبة للضمان للعمل .

م: (**ثم ذكر في الكتاب**) ش: أي مختصر القدوري م: (**يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة -رحمه الله - وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع**) ش: فإن مودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما .

م: (**وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثانى بالإجماع**) ش: أي بإجماع أصحابنا لحصول التعدي منهما من الأول دفع مال الغير ، ومن الثاني الأخذ م: (**وهو**

المشـهور ، وهذا عندهمـا ظاهر ، وكـذا عنده . ووجه الـفرق له بين هذه وبين مـودع المودع : أن المودع الثاني يقـبضه لمنفعة الأول ، فـلا يكون ضامنًا ، أما المضارب الـثاني يعمل فيه لنـفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً ، ثم إن ضمن الأول صـحت المضاربة بين الأول وبين الثاني ، وكان الربح بينهما على ما شرطا ، لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على وجه الذي رضي به ، فصـار كما إذا دفع مال نفـسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعـقد ، لأنه عامل له فيه

المشهور) ش: يعني هذا القـول هو المشـهـور من المذهب م: (وهذا عنـدهمـا ظاهر) ش: لأنهما يضمنان مودع المودع م: (وكذا عنده) ش: أي عند أبي حنيفة - رحـمه الله - على قول من يقول أنه يضمن عنده أيضًا .

ولكن يحتـاج إلى الفرق بين هذه المسألة ومسألة مـودع المودع ، أشار إليه بقـوله م: (ووجه الفرق له) ش: أي لأبي حنيفة م: (بين هذه) ش: أي المسألة التي نحن فيها م: (وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول) ش: لا لنفسه م: (فلا يكون ضامنًا ، أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه) ش: يعني لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح م: (فجاز أن يكون ضامنًا ثم إن ضمن) ش: أي رب المال . م: (الأول) ش: أي المضارب الأول م: (صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني ، وكـان الربح بينهـمـا على مـا شـرطا ، لأنه ظهـر أنه ملكه) ش: أي لأن المضـارب الأول ملك مـال المضاربة م: (بالضـمان من حين خـالف بالدفع إلى غـيره لا على الوجـه الذي رضي به) ش: أي رب المال ، فإنه لم يرض بدفع المال إلى غيره م: (فصار كما إذا دفع مال نفسه) ش: فصحت المضاربة .

م: (وإن ضمن الـثاني) ش: أي وإن ضـمن رب المال المضـارب الثـاني م: (رجع عـلى الأول بالعقد) ش: أي بسببه ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - ومالك وأحمد - رحمه الله - في رواية إن لـم يعلم بحـال المضـارب الأول ، وإن علم لم يرجع عليـه بشيء رواية واحـدة . وفي بعض النسخ موضع بالعقد بالعهدة ، أي بالضمان ، لأنه التزم له سلامة المقبوض .

فإن قيل : ينبغي أن يفسد الدفع إلى الثاني لأنه في ضمن المضاربة الأولى فيفسد بفساده .

قلت : الدفع أمر حسي والاقتضاء لا يثبت في الحسي ، وإنما هذا في أمر شرعي . م: (لأنه) ش: أي المضارب الثاني م: (عامل له) ش: أي للأول م: (فيه) ش: أي في ذلك العمل .

قيل : في كلامه تناقض ، لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ، وها هنا قال : لأنه عامل للمضارب الأول .

والجواب : أن الجـهة مختلفة ، لأن الثاني عامل لنفسه بسبب شركتـه في الربح ، وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع ، وعمل المودع وهو الحفظ للمودع فاندفع التناقض لعدم اتحاد

كما في المودع ، ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد . وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا ، لأن إقرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء يطيب الربح للثاني ، ولا يطيب للأعلى، لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث . قال : وإذا دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح ، فإن كان رب المال قال له : على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان ، فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث ، وللمضارب الأول السدس ؛ لأن الدفع إلى الثاني مضاربة

الجهة م: (**كما في المودع**) ش: يعني كما في المودع الغاصب إذا ضمن يرجع على الغاصب بما ضمن م: (**ولأنه**) ش: أي الثاني م: (**مغرور من جهته**) ش: أي من جهة الأول فإنه قد غره . وفي بعض النسخ معذور بالذال من العذر م: (**في ضمن العقد**) ش: أي العقد الذي بين الأول والثاني ، لأنه اعتمد والأول غر .

م: (**وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا**) ش: أي بين المضاربين ، وقال الشافعي وأحمد : الربح لمالكه ولا شيء للمضارب الأول وللثاني أجر مثله على الروايتين . وقال مالك : إن اتفق الخسران فالربح بين المال والعامل الثاني ولا شيء للأول ، وإن اختلفا وكان الأول أكثر فالزائد للمالك ، وإن كان العقد أقل فلرب المال شرطه ويرجع الثاني على العامل الأول .

وقيل : للعامل حصة كاملة ويرجع المالك على الأول بباقي حصته م: (**لأن إقرار الضمان على الأول**) ش: يثبت الملك له . وقوله على الأول خبر أن م: (**فكأنه**) ش: أي فكأن رب المال م: (**ضمنه ابتداء**) ش: أي في ابتداء الأمر م: (**ويطيب الربح للثاني**) ش: أي للمضارب الثاني .

م: (**ولا يطيب**) ش: أي الربح م: (**للأعلى**) ش: وهو المضارب الأول م: (**لأن الأسفل**) ش: وهو المضارب الثاني م: (**يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان**) ش: لأنه يستحقه برأس المال والملك في رأس المال حصل بأداء الضمان مستنداً م: (**فلا يعرى عن نوع خبث**) ش: لأن الملك الحاصل بأداء الضمان مستنداً ثابت من وجه دون وجه فإذا كان كذلك فسبيله التصدق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا دفع إليه**) ش: أي إلى المضارب م: (**رب المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني**) ش: أي المضارب الثاني . م: (**وربح فإن كان رب المال قال له**) ش: أي للمضارب الأول م: (**على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس ، لأن الدفع إلى الثاني مضاربة**) ش: أي لأن دفع الأول إلى الثاني حال كون الدفع مضاربة .

قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني ، فيكون له ، فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك ، لأن فعل الثاني واقع للأول ، كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم . وإن كان قال له: على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان ؛ لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول ، وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول؛ لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا . ولو كان قال له : فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين ، وقد دفع إلى غيره

م: (قد صح لوجود الأمر به) ش: أي بالدفع م: (من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ، فلم يبق للأول) ش: أي للمضارب المال م: (إلا النصف) ش: بمقتضى الشرط . م: (فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك) ش: أي من نصيبه م: (بقدر ثلث الجميع للثاني ، فيكون له ، فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك) ش: أي يطيب للمضارب الأول السدس والثاني الثلث والأول وإن لم يعمل بنفسه فقد باشر العقدين . ألا ترى أنه لو يضع المال مع غيره أو أبضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبًا وإن لم يعمل بنفسه .

وعلل المصنف بقوله : م: (لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه) ش: أي استأجر المستأجر غيره على عمل الخياطة م: (بنصف درهم) ش: فإن النصف الآخر يطيب للمستأجر الذي استأجر ، لأن العمل وقع له ، فكذا م: (وإن كان قال له) ش: أي وإن كان رب المال قال للمضارب م: (على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان) ش: يعني قال ذلك بكاف الخطاب ، وكذا الحكم لو قال ما ربحت في هذا من شيء ، أو قال على أن ما كسبت فيه من كسب أو قال على أن ما رزقت من شيء وقال على أن ما صار لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان .

أو قال اعمل فيه برأيك م: (فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان ، لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول ، وقد رزق الثلثين فيكون بينهما) ش: أي الثلثان بين رب المال والمضارب الأول ، لأنه شرط نصف ما يحصل وما شرط نصف الجميع م: (بخلاف الأول) ش: أي الوجه الأول م: (لأنه) ش: أي لأن رب المال م: (جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا) ش: أي الحكمان .

م: (ولو كان قال له : فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين) ش: هذا من مسائل الجامع الصغير ، وقوله : نصفين نصب على الحال ، وكذا الواو للحال في قوله : م: (وقد دفع إلى غيره

بالنصف ، فللثاني النصف ، والباقي بين الأول ، ورب المال ؛ لأن الأول شرط للثاني نصف الربح، وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه ، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ، ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما . ولو كان قال له : على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه ، أو قال له : فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول ؛ لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه ، فيكون للثاني بالشرط ، ويخرج الأول بغير شيء . كمن استأجر ليخيط ثوباً بدرهم ، فاستأجر غيره ليخيطه بمثله . وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح ، فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله ؛ لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ، ولأنه غره في ضمن العقد

بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال ، لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه ، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما) ش: أي بين الأول ورب المال .

م: (ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه ، أو قال له فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع) ش: أي والحال أن الأول قد دفع المال م: (إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول ، لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء) ش: لأنه جعل ما كان للثاني م: (كمن استأجر) ش: أي رجلا م: (ليخيط ثوبًا بدرهم فاستأجر) ش: أي المستأجر بفتح الجيم م: (غيره ليخيطه بمثله) ش: أي بدرهم ، فإنه لا يبقى له شيء .

م: (وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله) ش: هذا لفظ القدوري في مختصره م: (لأنه) ش: أي لأن المضارب الأول م: (شرط للثاني شيئًا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال) ش: أي إبطال حق رب المال .

م: (لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلومًا في عقد يملكه وقد ضمن له) ش: أي وقد ضمن المضارب الأول للثاني م: (السلامة فيلزمه الوفاء به) ش: أي بما ضمنه .

م: (ولأنه غره) ش: أي ولأن المضارب الأول غر الثاني م: (في ضمن العقد) ش: حيث

وهو سبب الرجوع ، فلهذا يرجع عليه ، وهو نظيرمن استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف .

شرط له النصف م: (**وهو**) ش: أي الغرور في ضمن العقد .

م: (**سبب الرجوع ، فلهذا يرجع عليه**) ش: أي فلأجل ذلك يرجع عليه قيد الغرور في ضمن العقد ؛ لأن الغرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبًا للضمان ، كما لو قال لآخر : هذا الطريق آمن فاسلكها وهو ليس بآمن فسلكها فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه .

م: (**وهو**) ش: أي الحكم المذكور في الضمان م: (**نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه**) ش: أي المستأجر بفتح الجيم م: (**إلى من يخيطه بدرهم ونصف**) ش: فإنه يقوم النصف من عنده ، لأنه غره بالتسمية ، فكذا هذا .

* * *

فصل

قال : وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز ؛

م: (**فصل**)

ش: الفصل مهما فصل لا ينون ومهما وصل ينون لأن الإعراب يكون بعد التركيب والتقدير هذا فصل في حكم كذا وكذا ، ولما كان فيه حكم يغاير ما سبق فصله لذلك .

م: (**قال : وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح**) ش: هذا من مسائل الجامع الصغير ، أي وشرط أيضًا لعبد رب المال ثلث الربح م: (**على أن يعمل معه**) ش: أي مع المضارب وكلمة على تجيء للشرط كما في قوله تعالى ﴿ **يبايعنك على أن لا يشركن بالله** ﴾ (الممتحنة : الآية ١٢) .

م: (**ولنفسه ثلث الربح**) ش: أي وشرط لنفس المضارب ثلث الربح م: (**فهو جائز**) ش: أي هذا الحكم وهذا العقد جائز ، وذلك لأن اشتراط العمل عليه لا يمنع التخلية التي هي شرط صحة المضاربة ، لأن للعبد يداً معتبرة ، ولهذا لم يكن للمولى استرداد وديعة العبد من يد المودع ، وإذا جازت المضاربة ، كان نصيب العبد من الربح للمولى إن لم يكن عليه دين .

وإن كان عليه دين فغرماؤه أحق بذلك كسائر أكسابه ، بخلاف شرط العمل على رب المال ، فإنه يمنع التخلية فلا تصح المضاربة ، وقوله : لعبد رب المال ليس بقيد ، لأن حكم عبد المضارب كذلك ، وكذا لو شرط لأجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له . وفي «الذخيرة» : إذا شرط في المضاربة بعد الربح لغير المضارب ورب المال فهو على وجوه :

الأول : إذا شرط ذلك لأجنبي ، وفي هذا الوجه إن شرط عمل الأجنبي فالمضاربة جائزة والشرط باطل ويجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه ، فيكون لرب المال .

الثاني : إذا شرط بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال ، قال شرط على العبد مع ذلك فالشرط جائز والمضاربة جائزة ، وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك إن لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب أو عبد رب المال ، وإن كان على العبد دين فإن كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة -رضي الله عنه - لا يصح الشرط ، ويكون المشروط كالمسكوت عليه ، فيكون لرب المال ، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به ، وإن كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف .

لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له ، واشتراط العمل إذن له ، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ، ولهذا يجوز بيع المولى عبده المأذون ، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر . وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين فهو للغرماء .

والوجه الثالث : إذا شرط بعض الربح لمن لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له نحو الابن والمرأة والمكاتب ومن أشبههم فالجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح لأجنبي .

والوجه الرابع : إذا شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال فهو جائز ، ويكون المشروط للمشروط له فقضى دينه به ، وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافًا لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد ، وفي غيره لا خلاف . وعند أكثر أصحاب الشافعي يصح اشتراط العمل على غلام رب المال كقولنا ، وهو قول مالك وظاهر قول أحمد . م: (**لأن للعبد يداً معتبرة خصوصًا إذا كان مأذونًا له ، واشتراط العمل إذن له**) ش: فيتحقق خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله فصح ، سواء كان عليه دين أو لم يكن لأنه في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون يد العبد يداً معتبرة خصوصًا إذا كان مأذونًا له م: (**لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه**) ش: أراد لا يجوز له استرداد ما أودعه العبد من يد المودع م: (**ولهذا**) ش: أي ولعدم ولاية الأخذ للمولى من مودعه م: (**يجوز بيع المولى عبده المأذون**) ش: يعني إذا كان مديونًا وهذا بالإجماع ، أما عند أبي حنيفة - رحمه الله- فلأن المولى من عبده المأذون أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، وأما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت على ما يجيء في المأذون إن شاء الله تعالى . م: (**وإذا كان كذلك**) ش: يعني إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة وجواز بيع المولى منه إذا كان مأذونًا له مديونًا م: (**لم يكن**) ش: أي اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه م: (**مانعًا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه**) ش: أي لأن اشتراطه على رب المال م: (**مانع من التسليم**) ش: والتخلية إذا كان إلغاء فقد بطل م: (**على ما مر**) ش: أي عند قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، لأنه يمنع خلوص يد المضارب م: (**وإذا صحت المضاربة**) ش: المذكورة م: (**يكون الثلث**) ش: أي ثلث الربح م: (**للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين**) ش: لأن العبد وما في يده لمولاه .

م: (**وإن كان عليه دين**) ش: أي على العبد م: (**فهو للغرماء**) ش: لأن المولى لا يملك إكساب

هذا إذا كان العاقد هو المولى ، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين ؛ لأن هذا اشتراط العمل على المالك، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف .

عبد المديون .

م: (**هذا**) ش: أي الذي ذكرناه من الحكم م: (**إذا كان العاقد هو المولى . ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين ، لأن هذا**) ش: الشرط م: (**اشتراط العمل على المالك**) ش: واشتراط العمل على المالك يفسد المضاربة على ما مر .

م: (**وإن كان على العبد**) ش: أي العبد المأذون له المذكور م: (**دين صح**) ش: أي اشتراط العمل على المولى م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**على ما عرف**) ش: أي في كتاب المأذون .

وعندهما : لا يصح هذا ، فحينئذ الاشتراط على المولى يفسد ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

***

فصل في العزل والقسمة

قال : وإذا مات رب المال والمضارب بطلت المضاربة ؛ لأنه توكيل على ما تقدم ، وموت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل .

م: (**فصل في العزل والقسمة**)

ش: أي عزل المضارب وفي بيان أحكام القسمة ، أي قسمة المضارب قاله السغناقي ، والأولى أن يقال قسمة الربح على ما لا يخفى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا مات رب المال والمضارب**) ش: أي أو مات المضارب م: (**بطلت المضاربة لأنه**) ش: أي لأن المضاربة ، وتذكير الضمير إما باعتبار العقد وإما باعتبار المذكور .

ولو قال لأنها كان أولى م: (**توكيل**) ش: أراد أن مبناها على الوكالة ، لأن المضاربة عقد على الشركة بمال أحد الجانبين والعمل من الآخر ، فإذا كان مبناها على الوكالة تبطل بموتهما أو موت أحدهما كما في الوكالة م: (**على ما تقدم**) ش: في قوله في أول الباب وهو وكيل فيه ، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه .

م: (**وموت الموكل يبطل الوكالة**) ش: لأن الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الأمر في كل ساعة م: (**وكذا**) ش: أي تبطل الوكالة عند م: (**موت الوكيل**) ش: لقيامها به ولا نعلم فيه خلافاً م: (**ولا تورث الوكالة**) ش: لأنها غير لازمة كما ذكرنا فلا ينتقل إلى ورثته م: (**وقد مر**) ش: أي حكم بطلان الوكالة بموتهما أو موت أحدهما م: (**من قبل**) ش: أي من قبل هذا الباب ، وأراد به باب عزل الوكيل في كتاب الوكالة .

ثم اعلم أن كون المضارب كالوكيل ليس بكلي بل يفترقان في مسائل : منها : أن الوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء فإنه يرجع به على الموكل ، ثم لو هلك ما أخذه ثانياً لا يرجع به مرة بعد أخرى . وأما المضارب فيرجع به على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع .

وجه الافتراق أن شراء الوكيل يوجب الثمن عليه على البائع ، وله على الموكل بعد الشراء صار مقضياً ما استوجبه ديناً عليه وصار مضموناً عليه بالقبض ، فإذا هلك في ضمانه فلا يرجع ثانياً ، وأما المضارب إذا رجع على المال فما يقبضه يكون أمانة في يده ، فإذا هلك كان هلاكه على رب المال فيرجع عليه مرة بعد أخرى ، ولكن لو نظرنا إلى كون المال أمانة في أيديهما كان حكمهما واحداً من هذا الوجه .

وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ؛ لأن اللحوق بمنزلة الموت . ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته ، وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة -رحمه الله- لأنه يتصرف له فصاركتصرفه بنفسه . ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها ؛ لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة . قال : فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم

ومنها : أن رب المال لو ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً فالمضاربة بخلاف الوكالة على ما يجيء عن قريب .

ومنها : أن المضارب إذا اشترى بمال المضاربة عروضاً ثم عزله رب المال عن المضاربة لا يعمل عزله وإن علم به بخلاف الوكيل على ما يجيء .

م: (**وإن ارتد رب المال عن الإسلام -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة**) ش: إذا لم يعد مسلمًا . أما إذا عاد مسلمًا جاز جميع ما فعل من البيع والشراء فكان عقد المضاربة على ما كان ، بخلاف الوكالة حيث لا تعود بعود الموكل مسلماً لخروج محل التصرف عن ملكه ، وفي المضاربة لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة م: (**لأن اللحوق**) ش: بدار الحرب م: (**بمنزلة الموت**) ش: حكماً م: (**ألا ترى**) ش: توضيح لكون اللحوق كالموت (**أنه**) ش: أي الشأن م: (**يقسم ماله بين ورثته**) ش: كما في الموت الحقيقي ويعتق مدبروه وأمهات أولاده . م: (**وقبل لحوقه**) ش: بدار الحرب م: (**يتوقف تصرف مضاربه**) ش: أي مضارب رب المال الذي ارتد عن الإسلام كالبطلان بالموت أو القتل م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله - لأنه**) ش: أي لأن المضارب م: (**يتصرف له**) ش: أي لرب المال م: (**فصار**) ش: أي تصرف المضارب م: (**كتصرفه**) ش: أي كتصرف رب المال م: (**بنفسه**) ش: فلو تصرف رب المال في هذه الصورة لكان تصرفه موقوفًا عند أي حنيفة -رحمه الله - لارتداده فكذا تصرف نائبه وهو المضارب . م: (**ولو كان المضارب هو المرتد**) ش: بنصب الدال ، لأنه خبر كان وهو ضمير الفصل م: (**فالمضاربة على حالها**) ش: في قولهم جميعاً ، حتى لو اشترى أو باع وربح أو خسر ثم قتل على ردته أو مات لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما اشترطا م: (**لأن له**) ش: أي للمضارب م: (**عبارة صحيحة**) ش: لكونه عاقلاً بالغاً م: (**ولا توقف في ملك رب المال**) ش: لأنه نائب أو متصرف في منافع نفسه ، ولاحق لورثته في ذلك ، بخلاف رب المال لأن التوقف فيه لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفيه ، والعهدة في جميع ذلك على رب المال م: (**فبقيت المضاربة**) ش: الفاء جواب شرط محذوف والتقدير : وإذا كان كذلك فبقيت المضاربة على حالها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم**) ش: أي المضارب م:

بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز ؛ لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه ، وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك ؛ لأن حقه قد ثبت في الربح ، وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال ، وإنما ينض بالبيع ، قال : ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئًا آخر ؛ لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فيعمل العزل ، فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها ؛ لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح ، فلا ضرورة ،

(**بعزله**) ش: أي بعزل رب المال إياه فالمصدر مضاف إلى فاعله وذكر المفعول مطوي ، ويجوز أن يكون مضافًا إلى مفعوله وطوي ذكر الفاعل م: (**حتى اشترى**) ش: أي المضارب م: (**وباع فتصرفه جائز لأنه**) ش: أي لأن المضارب م: (**وكيل من جهته**) ش: فلا ينعزل إلا بعلمه لأنه عزل قصدي فيتوقف على العلم ، لأن العزل نهي والأحكام المتعلقة بالأمر والنهي لا يؤثر فيها النهي إلا بعد علم دليله أو أمر الشرع ونواهيه ، أشار إلى ذلك بقوله م: (**وعزل الوكيل قصداً**) ش: أي عزلاً قصداً ، أو مقصوداً ، أو يكون حالاً أي قاصداً م: (**يتوقف على علمه**) ش: أي علم الوكيل لما ذكرنا م: (**وإن علم بعزله والمال**) ش: أي والحال أن المال م: (**عروض فله**) ش: أي فللمضارب م: (**أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك**) ش: أي من البيع عند أكثر أهل العلم فله أن يبيعها نقداً ونسيئة كما قبل العزل ، حتى لو نهى رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه ، وكذا لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة كما قبل العزل .

م: (**لأن حقه**) ش: أي حق المضارب م: (**قد ثبت في الربح ، وإنما يظهر**) ش: أي حقه في الربح م: (**بالقسمة وهي**) ش: أي القسمة م: (**تبتنى على رأس المال**) ش: بأن يكون نقداً م: (**وإنما ينض**) ش: أي ينقد م: (**بالبيع**) ش: بأن تباع العروض ، حتى يصير أحد النقدين ، ونض ينض من باب ضرب يضرب من التنضيض وهو خروج الماء عن الحجر أو نحوه قليلاً قليلاً ، والناض عند أهل الحجاز : الدراهم والدنانير ومادته نون وضاد معجمة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ثم لا يجوز أن يشتري**) ش: أي المضارب المعزول م: (**بثمنها**) ش: أي بثمن تلك العروض التي نضت م: (**شيئًا آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة**) ش: أي لأجل ضرورة م: (**معرفة رأس المال**) ش: لأجل القسمة م: (**وقد اندفعت**) ش: أي الضرورة م: (**حيث صار**) ش: أي رأس المال م: (**نقداً**) ش: أي دراهم أو دنانير م: (**فيعمل العزل**) ش: بعمله م: (**فإن عزله**) ش: أي رب المال المضارب م: (**ورأس المال**) ش: أي والحال أن رأس المال م: (**دراهم أو دنانير وقد**) ش: أي والحال أنها قد م: (**نضت**) ش: أي نفذت بأحد النقدين م: (**لم يجز له أن يتصرف فيها ، لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح ، فلا ضرورة**) ش: في تصحيح تصرفه ، لأنه باعها بكون المال نضاً .

قال -رضي الله عنه- وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً ، لأن الربح لا يظهر إلا به ، وصار كالعروض . وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها . قال : وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ؛ لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له . وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء ؛

م: (**قال- رضي الله عنه -: وهذا الذي ذكره**) ش: أي القدوري م: (**إذا كان**) ش: أي المال الذي نض م: (**من جنس رأس المال**) ش: بأن كان كل منهما دراهم أو دنانير م: (**فإن لم يكن**) ش: أي المال الذي نض من جنس رأس المال م: (**بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب**) ش: أي أو كان على العكس بأن كان دنانير ورأس المال دراهم م: (**له**) ش: أي للمضارب م: (**أن يبيعها بجنس رأس المال**) ش: قيد به ، لأنه ليس له أن يشتري بما نقد العروض م: (**استحساناً**) ش: أي من حيث الاستحسان م: (**لأن الربح لا يظهر إلا به**) ش: أن يبيعها بجنس رأس المال ، لأن الواجب عليه رد مثل رأس المال ، وقال يمكن إلا أن يبيع ما في يده بجنس رأس المال م: (**وصار كالعروض**) ش: في حكم جواز البيع ، وفي القياس لا يجوز ؛ لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية ، فصار كأن رأس المال قد تعين .

م: (**وعلى هذا**) ش: إشارة إلى قوله لا يمنعه العزل ، أي على حكم المذكور م: (**موت رب المال ولحوقه بعد الردة**) ش: وارتفاع الموت بالابتداء ، وخبره قوله : على هذا م: (**في بيع العروض**) ش: بأن كان المال عروضاً ومات رب المال فلا ينعزل المضارب ، بل يبيعها وينض رأس المال ، وكذا في لحوق رب المال بدار الحرب مرتداً ، لأنه موت حكماً م: (**ونحوها**) ش: أي ونحو العروض ، فإن كان رأس المال دراهم وفي يده دنانير أو على العكس .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا افترقا وفي المال ديون**) ش: أي إذا افترق رب المال والمضارب والحال في المال ديوناً ، والمراد من الافتراق فسخهما عقدَ المضارب م: (**وقد ربح المضارب فيه**) ش: أي والحال أنه قد ربح المضارب في المال م: (**أجبره الحاكم على اقتضاء الديون**) ش: أي على طلب الديون التي على الناس م: (**لأنه**) ش: أي لأن المضارب م: (**بمنزلة الأجير**) ش: حيث جعل له شيء م: (**والربح كالأجر له**) ش: لأنه استحق الربح بأن أعلمه وقد سلم له بدل علمه وهو الربح فيجبر على إتمام عمله ، ومن إتمامه استيفاء ما وجب من الديون على الناس ولا نعلم فيه خلافاً .

م: (**وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء**) ش: أي طلب الديون التي على الناس ، وقالت الثلاثة لزمه الاقتضاء لأنه بعقد المضاربة التزم رد رأس المال على صفته ، ودليلنا هو قوله م:

لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء ؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه . وقال في «الجامع الصغير» : يقال له أحل مكان قوله : « وكل » المراد منه الوكالة . وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي ، لأنهما يعملان بأجرة عادة .

(لأنه) ش: أي المضارب م: (**وكيل محض**) ش: أي خالص م: (**والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به**) ش: بل الواجب رفع يده عن المال فإذا رفع يده فلا يلزمه أكثر منه لأنه وكيل محض قبل ظهور الربح م: (**ويقال له**) ش: أي للمضارب م: (**وكل رب المال في الاقتضاء ، لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلابد من توكيله**) ش: أي توكيل المضارب رب المال م: (**وتوكله**) ش: أي توكل رب المال م: (**كيلا يضيع حقه**) ش: أي حق رب المال ؛ لأنه يمكن المطالبة فيما عقد المضارب إلا بالتوكيل فيوكل حفظاً لحقه . وفي بعض النسخ حتى لا يضيع حقه .

م: (**وقال في الجامع الصغير يقال له**) ش: أي للمضارب م: (**أحل**) ش: أي رب المال وهو أمر من أحال يحل من الحوالة م: (**مكان قوله وكل المراد منه**) ش: أي من قوله أحل م: (**الوكالة**) ش: لأنه ليس عليه دين حتى تكون حقيقة الحوالة ، فعلى هذا إطلاق الحوالة على الوكالة يكون استعارة ، والمجوز اشتمالهما على النقد، هذا لفظ القدوري م: (**وعلى هذا**) ش: أي على الحكم المذكور م: (**سائر الوكالات**) ش: أراد به كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضي له يجبر عليه ، ولكن يجبر على أن يحيل رب المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع م: (**والبياع**) ش: أي الذي يبيع بالأجر وهو الدلال م: **(والسمسار)** ش: بكسر السين هو التوسط بين البائع والمشتري. وفي «المبسوط» : هو من يعمل للغير بالأجر بيعًا أو شراء .

قلت : فعلى هذا الافتراق بين الدلال والسمسار ، ولكن أهل اللغة فرقوا بينهما بما ذكرنا . قال الأعشى :

فعشنا زماننا وما بيننا رسـ ... ول يراجع أخبارها
فأصبحت لا أستطيع الجوا ... ب سوى أن أراجع سمسارها

يريد السفير بينهما . وفي «العباب» وهو لفظ معرب م: (**يجبران على التقاضي لأنهما**) ش: أي لأن البياع والسمسار م: (**يعملان بأجرة عادة**) ش: فيكون كالإجارة الصحيحة . ولو دفع إلى سمسار دراهم وقال اشتر لي بها رطبًا بأحد عشرة دراهمًا فهذا فاسد ، لأنه استأجر أصلاً مجهولاً ، وكذا لو سمى له عدد الثياب أو استأجر لبيع طعام أو شراب ، والحيلة في جوازه أن يستأجره يومًا إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو يشتري ، لأن العقد يتناول منافعه وهي معلومة ببيان المدة وإن لم يشترط أجراً يكون وكيلاً معينًا له ، فيعوضه بعد الفراغ من العمل مثل

قال : وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ؛ لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة ، فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب ؛ لأنه أمين . وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله ، لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل ، وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه ، لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله . وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح

الأجر، لأن جزاء الإحسان أجرة.

م: (**قال: وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ، لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى**) ش: إنما كان الربح تابعًا لأنه لا يتصور بدون رأس المال وهو متصور بدونه، فكان أصلاً م: (**كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة**) ش: عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - لأن العفو تبع وقد مر بيانه في باب الزكاة م: (**فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب**) ش: هذا لفظ القدوري م: (**لأنه أمين**) ش: فلا يكون ضمينًا لما بينهما من المنافاة م: (**وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها**) ش: يعني لم يفسخاها م: (**ثم هلك المال بعضه**) ش: أي بعض المال ، ورفعه على أنه بدل البعض من الكل م: (**أو كله**) ش: بالرفع أيضًا، لأنه بدل الكل من الكل ، م: (**ترادا**) ش: أي رب المال والمضارب م: (**الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله**) ش: . وفي بعض النسخ رأس المال م: (**لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه**) ش: أي لأن رأس المال م: (**هو الأصل**) ش: لتصور بدون الربح م: (**وهذا**) ش: أي الربح م: (**بناء**) ش: أي مبني م: (**عليه**) ش: أي على رأس المال الذي هو الأصل م: (**وتبع له**) ش: أي لرأس المال، لأنه زيادة عليه م: (**فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة**) ش: أي حال كونه أمانة غير مضمون م: (**تبين أن ما استوفياه**) ش: أي رب المال والمضارب م: (**من رأس المال**) ش: خبر أن م: (**فيضمن المضارب ما استوفاه**) ش: أي الذى أخذه م: (**لأنه أخذه لنفسه**) ش: ولم يكن ذلك حتى يصل رب المال إلى رأس ماله، وهذا بمنزلة قسمة الوارث التركة مع قيام الدين على الميت ، فلو أن الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين وقسموا ما بقي ثم هلك المعزول قبل أن يصل إلى الغرماء بطلت القسمة ، وعليهم ضمان ما أخذوه من حق الغرماء لأن حقهم سابق على حق الورثة في التركة ، فكذلك فيما نحن فيه م: (**وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله**) ش: يعني يجعل ذلك من رأس المال.

م: (**وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء**) ش: يعني بعد الاستيفاء م: (**كان**) ش: أي الشيء الفاضل م: (**بينهما**) ش: أي بين رأس المال والمضارب م: (**لأنه ربح**) ش: وقضيته أن

وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا . فلو اقتسمـا الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول ، لأن المـضاربة الأولى قد انتـهت والثانية عـقد جديد فـهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما لو دفع إليه مالاً آخر .

يكون مشتركًا بينهما م: (**وإن نقص**) ش: يعني شيء من رأس المال م: (**فلا ضمان على المضارب لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأنه أمين م: (**فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها**) ش: ثانيًا م: (**فـهلك المال لم يتـرادا الـربح الأول ، لأن المضـاربة الأولى قـد انتـهت**) ش: يعني بقسمة الربح وفسخ المضاربة م: (**والثانية**) ش: أي المضاربة الثانية م: (**عقد جديد فـهلاك المال في الثاني**) ش: أي في العقد الثاني م: (**لا يوجب انتقاض الأول**) ش: أي الاقتسام الأول م: (**كما لو دفع**) ش: وفي بعض النسخ كما إذا دفع أي رب المال م: (**إليه**) ش: أي إلى المضاربة م: (**مالاً آخر**) ش: غير المال الأول فإنه لا يوجب انتقاض الاقتسام الأول .

* * *

فصل فيما يفعله المضارب

قال : ويجوز للمضارب أن يبيع ويشتري بالنقد والنسيئة ، لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد ، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب ، وله أن يستكريها اعتباراً لعادة التجار ، وله أن يأذن لعبد

م: (**فصل فيما يفعله المضارب**)

ش: إنما فصله لأنه يذكر فيه ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب.

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ويجوز للمضارب أن يبيع ويشتري بالنقد والنسيئة**) ش: أي بالحال والآجل ، وبه قال أحمد في رواية .

وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية وابن أبي ليلى : لا يجوز بغير الإذن ، لأنه ضد مقصود رب المال، ودليلنا قوله : م: (**لأن كل ذلك**) ش: أي البيع بالنقد والنسيئة م: (**من صنيع التجار**) ش: بضم التاء جمع تاجر، وجاء بالكسر أيضًا ولكنه بتخفيف الجيم م: (**فينتظمه**) ش: أي إذا كان كذلك فينتظم البيع بالنقد والنسيئة دل عليه قوله : أن يبيع ، كما في قوله تعالى : ﴿**اعدلوا هو أقرب للتقوى**﴾(المائدة : الآية : ٨) ، أي العدل الذي دل عليه اعدلوا م: (**إطلاق العقد**) ش: هو كونه غير مقيد بالنقد.

م: (**إلا**) ش: استثناء من قوله ويجوز للمضارب أن يبيع ، والأولى أن يكون من قوله فينتظمه إطلاق العقد م: (**إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه**) ش: أي إلى ذلك الأجل بأن باع إلى عشر سنين ونحوها .

وقوله : لا يبيع التجار ، جملة في محل الجر صفة لقوله : إلى أجل، فافهم م: (**لأن له**) ش: أي للمضارب م: (**الأمر العام**) ش: أي الشامل م: (**المعروف**) ش: أي المعتاد م: (**بين الناس**) ش: أراد به ما هو صنيع التجار والبيع إلى أجل طويل غير معتاد فلا ينتظمه الإذن م: (**ولهذا**) ش: توضيح لما ذكره م: (**كان له**) ش: أي للمضارب م: (**أن يشتري دابة للركوب**) ش: بجريان العادة م: (**وليس له أن يشتري سفينة للركوب**) ش: لعدم جريان العادة فيه .

هذا في المضاربة الخاص بنوع كالطعام مثلاً ، أما إذا لم يخص المضاربة بنوع بل دفع المال ولم يسم ما يشتري به فاشترى سفينة أو دابة ليحمل عليها مال المضاربة يجوز للإطلاق م: (**وله**) ش: أي للمضارب م: (**أن يستكريها**) ش: أي يستكري السفينة م: (**اعتباراً لعادة التجار**) ش: فإنهم يستكرون السفينة لحمل البضائع م: (**وله**) ش: أي للمضارب أيضًا م: (**أن يأذن لعبد**

المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار . ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع ، أما عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى ، إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل ، لأنه لا يملك ذلك . وأما عند أبي يوسف - رحمه الله- فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة. ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز ؛ لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر ، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر .

المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة ، لأنه من صنيع التجار) ش: احترز بالمشهورة ، عما روى ابن رستم عن محمد : أنه لا يملك ذلك بإطلاق العقد ، لأنه بمنزلة الدفع مضاربة ، والفرق أن المضارب شريك في الربح والمأذون لايصير شريكا فيه .

م: (ولو باع بالنقد) ش: أي المضارب شيئًا م: (ثم أخر الثمن) ش: أي من يشتري بعيب أو بغيره م: (جاز بالإجماع) ش: أراد به إجماع أصحابنا م: (أما عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (فلأن الوكيل يملك ذلك) ش: أي الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن عند المشتري م: (فالمضارب أولى) ش: بالجواز لأن ولايته أعم ، لأنه شريك في الربح أو بعوضيه أن يصير شريكًا ، فكان أصيلاً من وجه م: (إلا أن المضارب لا يضمن) ش: هذه إشارة إلى الفرق بينهما وهو أن المضارب إذا أخر الثمن لا يضمن لرب المال م: (لأن له) ش: أي للمضارب م: (أن يقايل) ش: أي البيع م: (ثم يبيع) ش: أي بعد الإقالة م: (نسيئة) ش: أي بالدين ، لأنه لما كان يملك البيع نسيئة ابتداء فكذلك بواسطة الإقالة .

م: (ولا كذلك) ش: أي ليس كذا م: (الوكيل) ش: أي بالبيع م: (لأنه لا يملك ذلك) ش: أي الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها . وها هنا شيئان ، الأول : أن الإشارة إلى الإقالة والبيع الدال عليهما قوله : أن يقايل ثم يبيع ، والثاني : أن تذكير الإشارة باعتبار المذكور .

م: (وأما عند أبي يوسف- رحمه الله - فلأنه) ش: أي فلأن المضارب م: (يملك الإقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل ، لأنه لا يملك الإقالة) ش: فكذا لايملك تأجيله في الثمن ، فلا يرد الضمان وعدم الضمان على قوله : م: (ولو احتال) ش: أي المضارب إذا قبل الحوالة م: (بالثمن على الأيسر أو الأعسر) ش: أي على رجل أيسر من المشتري أو أعسر منه م: (جاز) ش: أي الاحتيال ، أي الحوالة وتذكير الفعل باعتباره م: (لأن الحوالة من عادة التجار) ش: لأنها متعارفة بينهم وهم محتاجون إليها م: (بخلاف الوصي يحتال) ش: أي حال كونه يحتال م: (بمال اليتيم حيث يعتبر فيه) ش: أي في هذا الحكم م: (الأنظر) ش: في حق الصغير م: (لأن تصرفه مقيد بشرط النظر) ش: ولا نظر في قبول الحوالة على الأعسر والأب كالوصي .

والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع : نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا من قبل ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والارتهان والرهن ، لأنه إيفاء واستيفاء ، والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل . ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة ، وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره ، لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره ،

م: (**والأصل**) ش: فيما يجوز للمضارب أن يفعله وما لا يجوز م: (**أن ما يفعله**) ش: أي م: (**المضارب ثلاثة أنواع ، نوع**) ش: أي أحدهما نوع م: (**يملكه**) ش: أي المضارب م: (**بمطلق المضاربة**) ش: يعني من غير أن يقول له رب المال : اعمل برأيك م: (**وهو**) ش: أي هذا النوع م: (**ما يكون من باب المضاربة وتوابعها**) ش: أي توابع المضاربة كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان ونحوها على ما يجيء الآن م: (**وهو ما ذكرنا من قبل**) ش: أشار به إلى قوله : أن يبيع بالنقد والنسيئة والإذن لعبد المضاربة وتأخير الثمن والاحتيال به م: (**ومن جملته**) ش: أي جملة ما يملكه بطلق العقد م: (**التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه**) ش: أي إلى التوكيل م: (**والارتهان والرهن لأنه**) ش: أي لأن أحدهما وهو الرهن م: (**إيفاء**) ش: لما عليه م: (**واستيفاء**) ش: أي والآخر وهو الارتهان استيفاء لحقه م: (**والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة**) ش: كلها مرفوع عطفًا على قوله والارتهان م: (**على ما ذكرناه من قبل**) ش: إشارة إلى ما ذكر من أول الكتاب بقوله : وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع .

م: (**ونوع**) ش: أي الثاني نوع م: (**لا يملكه**) ش: أي المضارب م: (**بمطلق العقد**) ش: أي عقد المضاربة م: (**ويملكه**) ش: أي يملك هذ النوع م: (**إذا قيل له**) ش: أي للمضارب بأن قال له رب المال م: (**اعمل برأيك**) ش: للتفويض العام م: (**وهو**) ش: أي هذا النوع م: (**ما يحتمل أن يلحق به**) ش: أي النوع الأول م: (**فيلحق**) ش: أي النوع الثاني بالأول م: (**عند وجود الدلالة**) ش: وهو قوله: اعمل برأيك م: (**وذلك**) ش: إشارة إلى ما ذكر من قوله : وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة . م: (**مثل دفع المال مضاربة**) ش: أي مثل دفع المضارب مال المضاربة إلى غيره مضاربة لوجود الدلالة على أن هذا مثل النوع الأول وهو قوله اعمل برأيك م: (**أو شركة إلى غيره**) ش: أي أو مثل دفع مال المضاربة شركة إلى غيره م: (**وخلط مال المضاربة**) ش: بجر خلط عطفًا على المال في دفع المال ، أي ومثل خلط المضارب مال المضاربة م: (**بماله**) ش: أي بمال نفسه م: (**أو بمال غيره**) ش: أي أو خلط بمال غيره .

م: (**لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره**) ش: هذا تعليل لكون هذا النوع ملحقا

وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العـقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقـه فيدخل فيه عند وجود الدلالـة. وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك . ونوع لا يملكه لا بمطلق العـقد ولا بقوله اعـمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاسـتدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة

بالنوع الأول لا ضمـان الإطلاق عند وجـود الدلالة م: (**وهـو**) ش: أي دفع المال مـضـاربة أو شركة إلى غيره أو خلط مالها بماله أو بمال غيره م: (**أمر عارض**) ش: أي أمر زائد على ما تقوم به التجارة م: (**لا يتوقف عليه التجارة**) ش: لعدم العرف بذلك بينهم .

م: (**فلا يدخل تحت مطلق العـقد**) ش: أي إذا كـان كـذلك فـلا يدخل هذا النوع تحت مطلق العقـد ، لأن رب المال لم يرض بذلك م: (**ولكنه**) ش: أي ولكن ما ذكر من الأمـور م: (**جهة في التثمير**) ش: أي وجه وطريق في تثمير المال أي زيادته م: (**فمن هذا الوجه يوافقه**) ش: أي فمن جهة تثمير المال فيه يوافق ما ذكر من الأمور عقد المضاربة م: (**فيدخـل فيه**) ش: أي فيدخل ما ذكـر في عقـد المضاربة م: (**عند وجـــود الدلالة**) ش: وهي قوله : اعـمل برأيك إعمـالاً لمقتضى العموم ، أشـار إليه بقوله : م: (**وقوله : اعـمل برأيك دلالة على ذلك**) ش: أي وقـول رب المال في عقد المضاربة للمضارب اعمل برأيك دلالة على دخول ما ذكر من الأمور في العقد .

م: (**ونوع**) ش: أي الثالث نوع م: (**لا يملكه**) ش: أي المضـارب م: (**لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال**) ش: لأنه ليس من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها م: (**وهو الاستدانة**) ش: أي النوع الثالث الذي لا يملكه أيضًا إلا بالتنصيص عليه ، هو الاستدانة م: (**وهو أن يشتري**) ش: أي الاستدانة أن يشتري وذكر الضمير لتذكير الخبر ، وهو قوله : أن يشتـري . وأن مصـدرية ، والتقـدير وهو الشـراء م: (**بالدراهم والدنانيـر بعدما اشـترى برأس المال السلعة**) ش: يعني اشترى شيئًا بأحد النقدين بالدين بعد أن اشترى برأس المال المتاع .

وفي «شرح الطحاوي» : ولو اشـتـرى سلعة بثـمن دين من جنس رأس المال أو من خـلافه بعد أن يكون مما يجوز عليه عقـد المضـاربة وليس عند مـال المضـاربة من جنس ذلك الثـمن الذي اشترى به فيكون استدانة .

ولو اشترى سلعة في حـال قيام رأس المال بثمن دين من جنس رأس المال أو من خلافه بعد أن يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة جاز الشراء على المضاربة ولا يكون استدانة . وقال زفر : إذا اشترى بخلافه يكون استدانة .

وفي «الإيضـاح» : وإن اشـترى سلعة بـأكثـر من مال المضـاربة وهو الألف مثلاً كـانت حصة الألف للمضـاربة ومـا زاد فللمضـارب له ربحـه وعليه وضيعته والمال دين عليه ، لأن الاسـتدانة

وما أشبه ذلك ، لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين . ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه ، وأخذ السفاتج ، لأنه نوع من الاستدانة ، وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال أو بغير المال والكتابة ، لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض . قال : ولا يزوج عبداً ، ولا أمة من مال المضاربة . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يزوج الأمة ، لأنه من باب

نفذت عليه خاصة .

م: (**وما أشبه ذلك**) ش: فإن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشتري بالمكيل والموزون لأنه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة ، ولو كان في يده درهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحسانًا ، لأنهما كالجنس الواحد في ضمنيته .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**يصير المال**) ش: أي مال المضاربة م: (**زائداً على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى**) ش: أي رب المال م: (**به**) ش: أي بذلك الزائد م: (**ولا يشغل ذمته بالدين**) ش: أي ولا يرضى أيضًا بشغل ذمة المضارب بالدين .

م: (**ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى**) ش: بفتح الراء م: (**بينهما**) ش: أي بين رب المال والمضارب م: (**نصفين بمنزلة شركة الوجوه**) ش: ولا يكون مضاربة إذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فصار شركة بينهما كشركة الوجوه ، وإنما كان بينهما لأن إطلاق الشركة يقتضي التساوي م: (**وأخذ السفاتج**) ش: بالرفع عطف على قوله وهو الاستدانة ، أي النوع الذي لا يملك المضارب بدون التنصيص عليه الاستدانة وأخذ السفاتج وهو عبارة عن قرض يستفاد به سقوط خطر الطريق ، وهو جمع سفتجة قال صاحب «المغرب» : هو بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته ، وسفته شيء محكم ، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره م: (**لأنه نوع من الاستدانة**) ش: فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص م: (**وكذا إعطاؤها**) ش: أي وكذا من النوع الذي لا يملكه المضارب إعطاء السفاتج م: (**لأنه إقراض**) ش: فلا يملكه المضارب ، لأنه ليس من التجارة م: (**والعتق**) ش: بالرفع أيضًا ، وكذا من النوع الذي لا يملكه إلا بالتنصيص عتق العبد من مال المضاربة سواء كان م: (**بمال أو بغير مال**) ش: لأنه ليس من التجارة م: (**والكتابة**) ش: بالرفع أيضًا م: (**لأنه**) ش: أي لأن المذكور من العتق بنوعيه والكتابة م: (**ليس بتجارة**) ش: لأن هذه الأشياء تبرعات م: (**والإقراض والهبة والصدقة**) ش: كلها بالرفع م: (**لأنه**) ش: لأن المذكور وهو الأشياء الثلاثة م: (**تبرع محض**) ش: فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا يزوج عبداً ، ولا أمة من مال المضاربة**) ش: قيد به لأنه يجوز من غيره بلا خلاف م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يزوج الأمة ، لأنه من باب**

الاكتساب ، ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة . ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال ، لأنه اكتساب ولكن لما يكن بتجارة لا يدخل تحت المضاربة ، فكذا هذا . قال : فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة . وقال زفر - رحمه الله -: تفسد المضاربة ، لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ، ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداء .

الاكتساب ، الا ترى أنه) ش: أي المضارب م: (**يستفيد به**) ش: أي بتزويجها م: (**المهر وسقوط النفقة)** ش: أي عن المضارب .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمه الله - م: (**أنه**) ش: أي أن تزويج الأمة م: (**ليس بتجارة والعقد**) ش: أي عقد المضاربة م: (**لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة ، وصار**) ش: أي تزويج الأمة م: (**كالكتابة والإعتاق على مال لأنه**) ش: أي فإن كل واحد من الكتابة والإعتاق على مال م: (**اكتساب**) ش: حيث يحصل فيه المال م: (**ولكن لما لم يكن بتجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا**) ش: أي تزويج الأمة ، وإن كان فيه مال ولكن ليس بتجارة .

م: (**قال**) ش: أي في الجامع الصغير وليس في كثير من النسخ لفظه ، قال : بل قوله فإن دفع بألف التفريعية وصورها فيه محل عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيمن دفع على آخر ألف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بعضها إلى رب المال بضاعة فباع رب المال بها واشترى ، قال : هي على حالها ، قوله م: (**فإن دفع**) ش: أي المضارب م: (**شيئًا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة**) ش: أي حال كون الشيء بضاعة .

وها هنا شيئان ، الأول : أن قوله شيئًا وإن كان يوهم أن حكم دفع كل المال بضاعة بخلاف ذلك فليس كذلك ، لأن الحكم فيها سواء ، نص عليه في «الذخيرة» و«المبسوط » . الثاني : أنه قيد بدفع المضارب ، لأن رب المال لو أخذه من منزل المضارب من غير أمره وباع واشترى إن كان رأس المال بضاعة فهو نقض للمضاربة وإن صار عوضًا لا يصير نقضًا ، لأنه يمكن أن يجعل معينًا ، لأنه يكون عاملاً لغيره م: (**فاشترى رب المال وباع فهو**) ش: أي الذي اشترى وباع م: (**على المضاربة**) ش: يعني لا يفسد المضاربة بذلك .

م: (**وقال زفر - رحمه الله - : تفسد المضاربة ، لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه**) ش: لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلاً لغيره م: (**فيصير**) ش: أي رب المال م: (**مسترداً**) ش: لما له وبه تنقض المضاربة م: (**ولهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لا تصح**) ش: أي عقد المضاربة م: (**إذا شرط العمل عليه**) ش: أي على رب المال م: (**ابتداء**) ش: أي في

ولنا : أن التخلية فيه قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء ، لأنه يمنع التخلية . وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح ، لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولامال ها هنا للمضارب ، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع ، وإذا لم يصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا

ابتداء المضاربة . (**ولنا أن التخلية فيه**) ش: أي بين المال وبين المضارب م: (**قد تمت**) ش: بتسلمه م: (**وصار التصرف**) ش: من رب المال م: (**حقًا للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه**) ش: أي عن المضارب م: (**في التصرف**) ش: كما لو وكل أجنبيًا م: (**والإبضاع**) ش: أي إبضاع المضارب رب المال م: (**توكيل منه**) ش: أي من المضارب م: (**فلا يكون**) ش: أي الإبضاع م: (**استرداداً**) ش: أي لماله لتنقص به المضاربة .

فإن قيل : الإبضاع هو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر وليس للمبضع هاهنا مال : فكيف يتحقق الإبضاع ؟ . **قلنا**: الإبضاع وهو الدفع على وجه الاستعانة ورب المال يصلح معينًا له ، لأنه أشفق الناس إليه تصرفًا فيصح الاستعانة به كما يصح من الأجنبي .

فإن قيل : الأجنبي عامل في ملك الغير فيصلح معينًا ورب المال يتصرف في ملك نفسه فلا يصلح معينًا ، وهذا لو استأجر خياطًا واستعان الأجير بالمستأجر في الخياطة مما يستحق المستأجر الأجر ، لأن عمله لا يتحول إلى المستأجر فينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب . **قلنا** : في المضاربة معنى الإجارة والشركة جميعًا ، ومعنى الشركة راجح ، بل المقصود وهو الشركة ، ولهذا لو عمل ولم يربح لا يقضي له بشيء وفي الشركة يستحق أحد الشريكين الربح بعمل صاحبه ، وإن كان كذلك صلح رب المال معينًا ، أما في الإجارة يستحق الأجر بالعمل والعمل لا يتحول فافهم .

م: (**بخلاف شرط العمل عليه**) ش: أي علي رب المال ، وهذا جواب عن قوله وهذا لا يصح إذا شرط العلم عليه ابتداء م: (**في الابتداء ، لأنه يمنع التخلية**) ش: أي بين المال وبين المضارب م: (**وبخلاف ما إذا دفع**) ش: أي المضارب م: (**المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح**) ش: أي عقد المضاربة الثانية م: (**لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب**) ش: لأن المضاربة هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر م: (**ولا مال ها هنا للمضارب**) ش: يعني من جانب المضارب م: (**فلو جوزناه**) ش: أي عقد المضاربة الثانية م: (**يؤدي إلى قلب الموضوع**) ش: أي عكسه وهو تجويز المضاربة بدون المال .

م: (**وإذا لم يصح**) ش: أيْ عقد المضاربة الثانية م: (**بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا**

تبطل به المضاربة الأولى . قال : وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال . ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي . وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه . وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالإنفاق من ماله ، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد .

تبطل به) ش: أي يدفع المال إلى رب المال في المضاربة الثانية م: (**المضاربة الأولى**) ش: كالرهن في يد الراهن بالعارية لا يبطل حق المرتهن . وعند زفر - رحمه الله- تنفسخ المضاربة الأولى كما لو دفعه إعانة .

م: (**قال**) ش: في « الجامع الصغير» :م: (**وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال**) ش: الاحتباس على ما يجيء م: (**وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه**) ش: بفتح الراء وهوما يركب عليه ، قال الله تعالى : ﴿ **فمنها ركوبهم** ﴾ (يس : الآية ٧٢) م: (**ومعناه**) ش: أي معنى ركوبه أي معنى كون ركوبه في المال م: (**شراء وكراء**) ش: أي من حيث الشراء ومن حيث الكراء .

أراد أن المضارب في السفر له أن يركب إما بشراء دابة أو بكراء بها م: (**في المال**) ش: أي في مال المضاربة وهو ظرف للجميع والشرط أن يكون ذلك كله بالمعروف ، وبه قال مالك وأبو ثور والحسن والنخعي والأوزاعي وإسحاق . وقال الشافعي - رحمه الله - فنفقته في مال نفسه في صورة يجوز له السفر بالإذن ، وبه قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان .

م: (**ووجه الفرق**) ش: أي بين ما إذا عمل في المصر حيث لا نفقة له في مال المضاربة وبين ما إذا عمل في السفر حيث يجب فيه م: (**أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة**) ش: لأن القاضي محبوس لمصالح العامة والمرأة محبوسة في منزل الزوج م: (**والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي**) ش: لا المضاربة .

م: (**وإذا سافر صار محبوسًا بالمضاربة**) ش: بالعمل للمضاربة م: (**فيستحق النفقة فيه**) ش: أي في مال المضاربة لأجل الاحتباس م: (**وهذا**) ش: أي الحكم م: (**بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة**) ش: لكونه يعمل ببدل فكان البدل واجبًا له مطلقًا م: (**فلا يتضرر بالإنفاق من ماله**) ش: أي من مال نفسه لأنه عامل ببدل مضمون في ذمة المستأجر، وذلك يصح له بيقين ، بخلاف المضارب فإنه غير مستوجب بدلا لئلا حقه في ربح عسى يحصل وعسى لا يحصل فلابد أن يجعل له بإزاء ما يحمله من المشقة شيئًا معلومًا .

أشار إلى هذا المعنى بقوله : م: (**أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد**) ش:

فلو أنفق من ماله يتضـرر به ، وبخلاف المضاربة الفاسدة ، لأنه أجير ، وبخـلاف البضاعة ، لأنه متبرع . قال : ولو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة ؛ لانتهاء الاستحقاق . ولو كان خـروجه دون السـفر فـإن كان بحيث يـغدو ثم يروح فيـبيت بأهله فـهو بمنزلة السـوقي في المصر. وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مـال المضاربة ، لأن خروجه للمضاربة . والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ، ومن جملة ذلك غسل ثيابه

يعني بين أن يكون وبين أن لا يكون م: (**فلو أنفق من ماله يتـضرر به**) ش: أي بالإنفاق من مـال نفسه ، كـالشريك إذا سـافر بمال الشـركـة ؛ فنفـقـتـه في ذلك المال ، روي عن مـحـمـد ذلك م: (**وبخلاف المضاربة الفاسدة ، لأنه أجير**) ش: فلا نفقة له م: (**وبخلاف البضاعة ، لأنه متبرع**) ش: أي بالعمل فلا يجب له النفقة .

م: (**قال**) ش: لو لم يذكر لفظة قال لكان أصوب ، لأن المسألة لم تذكر في الجامع الصغير ولا في القدوري ، ولهذا لم يذكرها في البداية ، وإنما ذكرت المسألة في «المبسوط» م: (**ولو بقي شيء في يده**) ش: أي في يد المضارب م: (**بعدما قدم مصره رده في المضـاربة لانتهاء الاستحقاق**) ش: والحكم ينتهي بانتهاء علته وذلك كالحاج عن الغير إذا بقي معه شيء من النفقة بعد رجوعه يجب عليه رده وكالمولى إذا نقل الأمة المبتدأة للخدمة وبقي شيء معها من النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها كذا في«المبسوط» .

م: (**ولو كان خروجه**) ش: أي خروج المضارب من بلده م: (**دون السفر**) ش: وهو مسيرة ثلاثة أيام م: (**فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيـبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر**) ش: لأن أهل السوق يتجرون في المصر ثم يبيتون في منازلهم م: (**وإن كان بحـيث لا يبيت بأهله فنفقتـه في مال المضاربة ، لأن خـروجه للمـضاربة**) ش: فصار كـالخروج للسفر م: (**والنفـقة**) ش: أشـار به إلى تفسير النفقة الواجبة للمضارب م: (**هي ما يصرف إلى الحاجة الراتبة**) ش: أي الثابتة اللازمة التي لا بد منها م: (**وهو**) ش: أي الذي يصرف إلى الحاجة الراتبة م: (**ماذكرنا**) ش: أراد به ما ذكرناه فيما قبل من طعامه وشرابه وكسوته وركوبه م: (**ومن جملة ذلك**) ش: أي من الذي يصـرف إلى الحاجة الراتبة م: (**غسل ثيابه**) ش: لأنه ضروري .

وكذا أجرة الحجام والحلاق ، نص عليه في «الفوائد الظهيرية» والقياس يأبى ذلك، لأنه لا يحتاج إليها في عموم الأوقات ، ولكن هذا من صنيع التجار حيث يتنظفون بإزالة الوسخ وقص الشارب وحلق الرأس لتزداد رغبات الناس في المعاملات، فإن الإنسان إذا كان وسخ الثياب طويل الشعر يعد من المفاليس عادة فيقل معاملوه فصارت هذه الأشياء كالنفقة الراتبة ، وكذا ثمن الخرص والصابون دون الحجام والفصاد .

وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف فيما بين التجار . قال : وأما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أنه يدخل في النفقة ، لأنه لإصلاح بدنه ولايتمكن من التجارة إلا به ، فصار كالنفقة ، وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها . قال : وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال ،

م: (**وأجرة أجير يخدمه**) ش: أي يخدم المضارب ، لأنه ضروري م: (**وعلف دابة يركبها والدهن**) ش: بفتح الدال وهو مصدر من دهن يدهن بالفتح فيهما ، والمراد استعمال الدهن كالزيت والسيرج ونحوهما م: (**في موضع يحتاج إليه**) ش: أي إلى الدهن م: (**عادة كالحجاز**) ش: أي كما في أرض الحجاز ، لأنها حارة يحتاج أهلها إلى ترطيب أبدانهم بالدهن م: (**وإنما يطلق**) ش: يعني يجوز م: (**في جميع ذلك**) ش: من الذي ذكره وجعله من الراتبة م: (**بالمعروف**) ش: أي بقدر دفع الضرورة بلا إسراف م: (**حتى يضمن الفضل إن جاوزه**) ش: أي المعروف م: (**اعتباراً للمتعارف**) ش: أي المعتاد م: (**فيما بين التجار**) ش: لأن صنيعهم هو الأصل في هذا الباب .

م: (**قال**) ش: أي في الجامع الصغير م: (**وأما الدواء**) ش: أي ثمنه م: (**ففي ماله**) ش: أي في مال المضارب م: (**في ظاهر الرواية**) ش: قال الأترازي : ليس في ذكره كثير فائدة لوجهين ، لأنه رواية الجامع الصغير ، وما ذكر كله ظاهر الرواية ، ولأنه ذكر بعد هذا وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يدخل في النفقة فيفهم منه إشارة أنه ظاهر الرواية لأن كلمة من تستعمله في غير ظاهر الرواية بطريق الالتزام وقيده بظاهر الرواية يدل بالتصريح ، وهذا قدر جليل في الفائدة .

م: (**وعن أبي حنيفة**) ش: وهي رواية الحسن عنه م: (**أنه**) ش: أي أن ثمن الدواء وتذكير الضمير بهذا الاعتبار وإلا فالدواء مؤنث م: (**يدخل في النفقة ، لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به**) ش: أي باصلاح البدن م: (**فصار كالنفقة**) ش: فيجب في مال المضاربة م: (**وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء**) ش: أي وإن الحاجة إلى الدواء م: (**بعارض المرض**) ش: فقد يمرض وقد لا يمرض فلم يكن لازمًا .

م: (**ولهذا**) ش: أشار به إلى بيان الفرق بين النفقة والدواء م: (**كانت نفقة المرأة على الزوج**) ش: لأنها معلومة الوقوع م: (**ودواؤها في مالها**) ش: لأنها غير معلومة الوقوع قد يقع وقد لا يقع .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس**

قال : فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه ، لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثاني ، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها . قال : فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده ، وقد قيل له : اعمل برأيك فهو متطوع ؛ لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر . فإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن ؛ لأنه عين مال قائم به

المال) ش: أي الذي أنفق المضارب من رأس المال يرفعه رب المال أولاً ثم يقسم الربح إن بقي، لأن قسمة الربح إنما شرعت بعد تسليم رأس المال.

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**فإن باع**) ش: أي المضارب م: (**المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان**) ش: بضم الحاء مصدر بمعنى الحمل م: (**ونحوه**) ش: كأجر السمسار والقصار والصباغ، لكن لا يقول اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب، بل يقول تقوم علي بكذا كما بين في المرابحة م: (**ولا يحتسب ما أنفق على نفسه ، لأن العرف جار**) ش: بين التجار م: (**بإلحاق الأول**) ش: أراد به ما أنفق على المتاع من الحمل ونحوه ، وأراد بإلحاقه برأس المال م: (**دون الثاني**) ش: أراد به ما أنفق على نفسه ، لأن التجار لم يتعارفوا إلحاق ما أنفقوا على أنفسهم برأس المال م: (**ولأن الأول**) ش: أي الإنفاق على المتاع م: (**يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها**) ش: كالصبغ والقصر ونحوهما ، فإنه يوجب زيادة في غير المتاع، وكالجمل فإنه يوجب زيادة في القيمة ، لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن.

م: (**قال**) ش: أي في« الجامع الصغير» : م: (**فإن كان معه**) ش: أي مع المضارب م: (**ألف فاشترى بها ثيابًا فقصرها أو حملها بمائة من عنده**) ش: أي من عند المضاربة م: (**وقد قيل له اعمل برأيك**) ش: أي والحال أنه قد قيل للمضارب فإن قال له رب المال اعمل برأيك م: (**فهو متطوع**) ش: أي المضارب متبرع في المائة م: (**لأنه**) ش: أي لأن هذا الصنيع م: (**استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال**) ش: يعني قول رب المال له اعمل برأيك م: (**على ما مر**) ش: عند قوله وقوع لا يملكه إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة .

وفي «المنتقى» : رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاكترى سفينة بمائة درهم ، والمال عنده على حاله ، ثم اشترى بالألف كله طعامًا وحمله في السفينة فهو متطوع في الكراء ، ولو كان اشترى بتسعمائة منهما طعامًا وبقيت في يده مائة فأداها في الكراء لم يكن متطوعًا وباعه مرابحة على الكراء م: (**فإن صبغها**) ش: أي فإن صبغ المضارب الثياب المذكورة م: (**أحمر**) ش: صفة مصدره محذوف أي صبغاً أحمر م: (**فهو**) ش: أي المضارب م: (**شريك**) ش: أي لرب المال م: (**بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن ، لأنه**) ش: أي لأن الصبغ م: (**عين مال قائم به**) ش:

حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة، بخلاف القصارة والحمل، لأنه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع عمله

أي بالمصبوغ دل عليه قوله فإن صبغها .

وكذا الضمير في به يرجع إلى المصبوغ وفي الحقيقة يرجع إلى الثياب ولكنه لما ذكره أولناه هكذا م: (**حتى إذا بيع**) ش: أي المصبوغ المذكور م: (**كان له**) ش: أي للمضارب م: (**حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة**) ش: حتى إذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ ألفًا ومصبوغ ألفًا ومائتين كان الألف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ .

فإن قلت: فما حكم سائر الألوان ولم خص الحمرة ؟ .

قلت: لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة ، وأما سائر الألوان فكالحمرة ، ذكره فخر الإسلام في « الجامع الصغير » .

وقال في « تحرير المحيط » : إن صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبغ آخر يزيد في الثوب ، فإن كان رب المال قال له اعمل فيه برأيك كان صاحب الثوب بالخيار ، فإن شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض ، وإن شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة إلا يوم اتصل بثوبه كما في الغاصب .

وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة ، فأما إذا كان فيقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه ، فإن لم يفعل رب المال شيئًا من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه وبرئ من الضمان ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع ، وإذا جاز بيعه فينظر بعد ذلك إن باعها مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة ، وعلى قيمتها المصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى إنه إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة ألفًا وقيمتها مصبوغة ألف ومائتان فالألف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل صبغه ، وإن باعها مرابحة فإن هذا الثمن ينقسم على الثمن الذى اشترى المضارب الثياب به وعلى قيمة الذي صبغ المضارب به .

م: (**بخلاف القصارة**) ش: بفتح القاف ، لأن القصارة بالكسر حرفة القصار ، وبالفتح فعلة مصدر من قصر الثوب إذا بيضه م: (**والحمل**) ش: أي حمل المتاع م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من القصارة والحمل م: (**ليس بعين مال قائم به**) ش: أي بالثوب حتى يكون بإزائه بعض الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربة . وإنما قال ليس بعين مال قائم لأنه في الحمل ظاهر .

وأما في القصارة فلا تنفي الثوب ولا تزيد فيه شيئًا ويبقى أبيض على ما كان أصله .

م: (**ولهذا**) ش: توضيح لما قاله من الفرق م: (**إذا فعله الغاصب ضاع عمله**) ش: يعني لو

ولا يضيع إذا صبغ المغصوب ، وإذا صارشريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه .

قصرالغاصب الثوب الذي غصبه ضاع فعله ، حتى لو أن ردت قيمته للمالك أن يأخذه مجانًا .

م: (**ولا يضيع**) ش: أي فعلِ الغاصب م: (**إذا صبغ المغصوب**) ش: حتى إذا صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجانًا . بل يتخير رب المال إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصال ثبوته ، وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه .

م: (**وإذا صار**) ش: أي المضارب م: (**شريكًا**) ش: أي لرب المال م: (**بالصبغ انتظمه**) ش: يعني شمله أي المضارب م: (**قوله :**) ش: أي قول رب المال : م: (**اعمل برأيك**) ش: يعني أن قوله اعمل برأيك يكون متناولاً لصبغه أحمر م: (**انتظامه الخلط**) ش: أي كانتظام قوله اعمل برأيك الخلط ، يعني خلط مال المضاربة بمال القسمة وبمال غيره .

وانتصاب الالتزام ينزع الحافظ وهو مصدرمضاف إلي فاعله وهو الضمير الذي يرجع إلى قوله اعمل برأيك، وقول الخلط بالنصب مفعوله م: (**فلا يضمنه**) ش: أي إذا كان كذلك فلا يضمن المطلوب الثوب المصبغ ، لأن الشركة والخلط بإذن رب المال وبه قال مالك وأحمد ، وقال الشافعي : يضمن ، وإن قال : اعمل برأيك ، وإذا لم يقل له اعمل برأيك يصير غاصبًا فيضمن .

***

فصل آخر

قال : فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزاً فباعه بألفين ثم اشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفاً وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة ، قال -رضي الله عنه- هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة . ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة ،

م: (**فصل آخر**)

ش: لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها بفصل على حدة ، ولما لم يكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخر ذكرها .

م: (**قال**) ش: أي في الجامع الصغير م: (**فإن كان معه**) ش: أي مع المضارب م: (**ألف بالنصف فاشترى بها بزاً**) ش: بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاي المعجمة . قال محمد - رحمه الله- في « السير الكبير » : البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز م: (**فباعه**) ش: أي البز م: (**بألفين ثم اشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما**) ش: أي بالألفين م: (**حتى ضاعا**) ش: أي الألفان م: (**يغرم رب المال ألفًا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة**) ش: لأن المضارب لما باع البز بألفين ظهر الربح بقدر الألف فيملك المضارب نصفه وهو خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبداً صار ربع العبد له وثلاثة أرباعه لرب المال فانهلك الثمن كأنما يخص الربع على المضارب وما يخص ثلاثة أرباع على رب المال .

م: (**قال - رضي الله عنه -**) ش: أي قال المصنف - رحمه الله - م: (**هذا الذي ذكره**) ش: أي محمد - رحمه الله- م: (**حاصل الجواب**) ش: أي جواب المسألة م: (**لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد**) ش: فيجب عليه م: (**إلا أن له**) ش: أي للمضارب م: (**حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبين**) ش: أشار به إلى قوله : لأنه وكيل من جهته فيه ويأتي ذلك بعد ثلاثة أسطر .

م: (**فيكون عليه في الآخرة**) ش: أي فيكون الثمن كله على المضارب ، لأنه هو العاقد الآخر بفتح الهمزة والخاء والراء أي في الأخير يقال جاء فلان بآخرة أي بأخير .

م: (**ووجهه**) ش: أي وجه حاصل الجواب م: (**أنه**) ش: أي أن الشأن م: (**لما نض المال**) ش: أي نقد م: (**ظهر الربح وله منه**) ش: أي وللمضارب من الربح شيء أو نصيب ، ثم فسره بقوله م: (**وهو**) ش: أي الذي ظهر للمضارب من الربح م: (**خمسمائة**) ش: لأنه ظهر الربح

فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه ، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهة فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة ، لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة ؛ لأنه دفعه مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على الألفين ؛ لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال

بعد الألف يملك المضارب نصفه وهو خمسمائة م: (**فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه**) ش: أي ربع العبد م: (**لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين**) ش: أي على الأرباع الربع للمضارب وثلاثة أرباع لرب المال .

م: (**وإذا ضاعت الألفان وجب عليه**) ش: أي علي المضارب م: (**الثمن**) ش: أي ثمن العبد م: (**لما بيناه**) ش: إشارة إلى قوله : لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد . م: (**وله**) ش: وللمضارب م: (**الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه**) ش: أي لأن المضارب م: (**وكيل من جهة**) ش: أي من جهة رب المال م: (**فيه**) ش: أي في شراء هذا العبد .

م: (**ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه**) ش: أي لأن نصيبه م: (**مضمون عليه**) ش: لدخول الربع في ملكه وضمانه م: (**ومال المضاربة أمانة**) ش: أي في يد المضارب م: (**وبينهما**) ش: أي بين المضمون والأمانة م: (**منافاة**) ش: فلا تجتمعان . وإذا كان كذا يخرج نصيب المضارب وهو الربع عن المضاربة لكونه مضمونًا عليه م: (**ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة ، لأنه ليس فيه**) ش: أي في إبقاء ثلاثة الأرباع على المضاربة م: (**ما ينافي المضاربة**) ش: لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة م: (**ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة لأنه**) ش: أي لأن رب المال م: (**دفعه مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة**) ش: فالمجموع ألفان وخمسمائة ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي -رضي الله عنه - وعنهم المال ما دفعه ثانياً وهو ألف وخمسمائة ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - .

م: (**ولا يبيعه**) ش: أي لا يبيع المضارب العبد المذكور م: (**مرابحة إلا على الألفين ، لأنه اشتراه بألفين**) ش: لأن عقده دفع على الألفين حتى اشتراه م: (**ويظهر ذلك**) ش: إشارة إلى مجموع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة وبقاء ثلاثة أرباع العبد على المضاربة وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا م: (**فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف**) ش: لأن ربع الثمن وهو ألف للمضارب ، لأنه بدل ملكه م: (**يرفع رأس المال**) ش:

ويبقي خمسمائة ربحاً بينهما . قال : وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة، وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ، ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين . ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع . قال : فإن كان معه ألف

وهو ألفان وخمسمائة م: (**ويبقي خمسمائة ربحاً بينهما**) ش: أي بين المضارب ورب المال نصفين على ما شرطا.

م: (**قال**) ش: أي في الجامع الصغير : م: (**وإن كان معه ألف**) ش: أي مع المضارب م: (**فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه**) ش: أي المضارب م: (**بألف فإنه**) ش: أي فإن المضارب م: (**يبيعه**) ش: أي العبد المذكور م: (**مرابحة على خمسمائة ، لأن هذا البيع**) ش: أي بيع رب المال للمضارب م: (**مقضي بجوازه**) ش: أي محكوم بصحته م: (**لتغاير المقاصد**) ش: لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد ، ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد م: (**دفعاً للحاجة**) ش: أي لأجل دفع الحاجة .

م: (**وإن كان**) ش: إن هذه واصلة بما قبله ، يعني هذا البيع قضى بجوازه وإن كان م: (**بيع ملكه بملكه**) ش: أي بيع ملك رب المال بملكه وذلك لأن المضارب اشتراه لرب المال لأنه وكيله ، وبيع الإنسان من نفسه باطل ولكن لما كان حق المضارب كحق ثالث صح البيع خلافاً لزفر .

م: (**إلا**) ش: استثنى من قوله مقضي بجوازه ، وهو معنى بغير أي غير م: (**أن فيه**) ش: أي في هذا البيع م: (**شبهة العدم**) ش: جواز البيع ، ولهذا أبطله زفر -رحمه الله - فتمكنت شبهة البطلان ، فاعتبر أقل الثمنين في المرابحة على ما يجيء الآن م: (**ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين**) ش: في المرابحة للاحتياط .

م: (**ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه**) ش: أي لأن البيع م: (**اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال**) ش: تحريره أن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع لمضارب منه إلا قدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة وفيما وقع رب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني كما قلنا في المسألة الأولى م: (**وقد مر في البيوع**) ش: أراد به ما ذكره في باب المرابحة بقوله وإن كان مع المضارب عشرة بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف .

م: (**قال**) ش: أي في الجامع الصغير : م: (**فإن كان معه**) ش: أي مع المضارب م: (**ألف**

بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب ، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لما صار المال عيناً واحداً قيمته ألفان ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله، لأن قيمته ألفان . وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة . أما نصيب المضارب فلما بيناه ، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما ، لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة ، بخلاف ما تقدم

بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ) ش: أي قتلاً خطأ وهو نصب على الحال ، أي خاطئاً ، وإنما قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كان ألفاً فتدبير جنايته على رب المال بلا خلاف ، لأن رقبته ملكه وإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فداء للثلاثة م: (**فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه علي المضارب ، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك ، وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لما صار المال عيناً واحداً قيمته ألفان ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله ، لأن قيمته ألفان**) ش: الأصل في جناية العبد الدفع أو الفداء ، فإن دفع العبد انتهت المضاربة لأنه زال عن ملكها بلا بدل .

وفي « جامع المحبوبي » : لا يدفع حتى يحضر رب المال والعامل سواء كان الأرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر ، لأن الملك مشترك بينهما كالعبد الرهن إذا جنى خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن ، ولا يشترط حضورهما للفداء ، لأن كلا منهما يملكه ولو فداه المضارب لا يرجع على رب المال ، لأنه أدى دين غيره بغير أمره ، وهو غير مضطر فيه فكان متبرعًا كالأجنبي .

وقال مالك والشافعي - رحمهما الله - في قول ، وأحمد - رحمه الله - في رواية : إن كانت قيمته أكثر من رأس المال يدفع بلا حضور المضارب ، لأنه لا مالك له بعد ظهور الربح حتى يقتسما في قول ، والفداء أيضًا على رب المال لا العامل لعدم ملكه . وقال الشافعي - رحمه الله - في قول أحمد - رحمه الله - في رواية يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح كقولنا ، فيكون الفداء عليه على قياس هذا القول .

م: (**وإذا فديا**) ش: أي رب المال و المضارب م: (**خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه**) ش: أشار به إلى ماذكره من قوله ويخرج نصيب المضارب ، وهو الربع في المضاربة ، لأنه مضمون عليه م: (**وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما**) ش: أي على رب المال والمضارب م: (**لما أنه**) ش: أي لأن قضاء القاضي بالانقسام م: (**يتضمن قسمة العبد بينهما**) ش: لأن الخطأ بالفداء يوجب سلامة ما فدى للفادي ولا سلامة إلا بالقسمة م: (**والمضاربة تنتهي بالقسمة ، بخلاف ما تقدم**) ش: أراد به ما إذا ضاع الألفان في أول الفصل حيث لا تنتهي

لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام ، بخلاف ما تقدم . قال : وإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت الألف ، يدفع رب المال ذلك الثمن ثم ، وثم ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال لأن المال أمانة في يده ، ولا يصير مستوفيًا والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى ،

المضاربة هناك ، بل تثبت على ما كانت م: (**لأن جميع الثمن فيه**) ش: أي فيما تقدم م: (**على المضارب وإن كان له حق الرجوع**) ش: أي على رب المال بألف وخمسمائة على ما مر م: (**فلا حاجة إلى القسمة**) ش: لعدم أمر يقتضي ذلك .

م: (**ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية**) ش: لأن الموجب الأصلي هو الدفع م: (**ودفع الفداء كابتداء الشراء**) ش: أراد باختيارهما الفداء ، كأنهما اشترياه ابتداء يكون الفداء عليهما أرباعًا ربعه على المضارب وثلاثة أرباعه على رب المال ، لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره ، وقد كان الملك بينهما أرباعًا م: (**فيكون العبد**) ش: بعد فدائهما م: (**بينهما أرباعًا لا على المضاربة**) ش: لخروج العبد عن المضاربة م: (**يخدم المضارب يومًا ورب المال ثلاثة أيام**) ش: لأنه عبد مشترك أرباعًا م: (**بخلاف ما تقدم**) ش: أراد به المسألة التي تقدمت في أول الفصل فإن العبد فيها يخدم المضارب يومًا وثلاثة أيام للمضاربة لكون العبد في المضاربة لعدم انتهائها .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**فإن كان معه**) ش: أي مع المضارب م: (**ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها**) ش: يعني لم يدفع الألف إلى البائع م: (**حتى هلكت**) ش: يعني الألف م: (**يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال**) ش: وهو الألفان وكذا لو هلكت الألف الثاني قبل الدفع إلى البائع يدفع رب المال ألف أخرى ثم وثم ، ويكون بجميع رأس المال .

م: (**لأن المال أمانة في يده**) ش: أي في يد المضارب ، لأن مبنى المضاربة عليها م: (**ولا يصير مستوفيًا والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون**) ش: أي استيفاء الحق يكون بقبض مضمون فلو حل بقبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامنًا وهو أمين م: (**وحكم الأمانة ينافيه**) ش: أي ينافي الضمان دل عليه قوله بقبض مضمون ، فإذا كان كذلك فحمل قبضه ثانيًا وثالثًا إلى غير النهاية على جهة الأمانة دون الاستيفاء ، وإذا هلك كان الهلاك على رب المال م: (**فيرجع مرة بعد أخرى**) ش: أي إذا كان قبضه أمانة يرجع على رب المال مرة بعد أخرى حيث ما وجد هلاك المال .

بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعًا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة ، لأنه أمكن جعله مستوفياً ، لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع ، لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده ، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو

م: (**بخلاف الوكيل بالشراء**) ش: بشراء عبد بعينه م: (**إذا كان الثمن مدفوعًا إليه قبل الشراء**) ش: أي بأن أعطاه الموكل ألفًا وقال له اشتر لي عبدًا بعينه م: (**وهلك**) ش: أي الثمن وهو ألف مثلاً م: (**بعد الشراء**) ش: قبل أن ينقده إلى البائع م: (**حيث لا يرجع**) ش: أي على موكله م: (**إلا مرة**) ش: واحدة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**أمكن جعله**) ش: أي جعل ما قبضه الوكيل م: (**مستوفيًا ،لأن الوكالة تجامع الضمان**) ش: على ما نبين الآن ، بخلاف المضاربة ، فإن مبناها على الأمانة م: (**كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب**) ش: حيث جازت الوكالة ، فإذا هلك العبد في يد الغاصب بعد ما صار وكيلاً ضمن ، لأنه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة م: (**ثم في الوكالة في هذه الصورة**) ش: أشار به إلى صورة الوكيل بشراء عبد بعينه ودفع إليه الثمن وهلك قبل الدفع إلى البائع م: (**يرجع مرة**) ش: يعني يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة فيما إذا هلك الثمن بعد القبض من الموكل قبل الدفع إلى البائع .

تحريره أن الوكيل إذا اشترى العبد بألف وجب للبائع على الوكيل الثمن ، ووجب للوكيل على الموكل مثله .

فإن كان الموكل قد دفع إليه الثمن أولاً ثم هلك الثمن قبل الشراء ، أي وقبل الدفع إلى البائع يرجع الوكيل على موكله بالثمن ، لأن المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده ولم يوجد بعد الشراء لما يوجب أن يكون مضمونًا ، فلم يصر مستوفيًا ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لو وقع الاستيفاء ، وإن كان قد اشترى ثم دفع إليه الثمن ثم هلك قبل أن يدفعه إلى البائع لا يرجع ، لأن قبضه كان على جهة الاستيفاء لا على جهة الأمانة .

فإذا استوفاه مرة ؛ لم يبق الحق أصلاً ، أشار إلى ذلك بقوله م: (**وفيما إذا اشترى**) ش: أي الوكيل م: (**ثم دفع الموكل إليه المال فهلك**) ش: أي عند الوكيل م: (**لا يرجع**) ش: أي الوكيل على الموكل م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**ثبت له**) ش: أي للوكيل م: (**حق الرجوع**) ش: أي على الموكل م: (**بنفس الشراء فجعل**) ش: أي الوكيل م: (**مستوفيًا بالقبض بعده**) ش: أي بقبض الثمن بعد الشراء .

م: (**أما المدفوع إليه**) ش: أي إلى الوكيل م: (**قبل الشراء أمانة في يده وهو**) ش: أي الوكيل م:

قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيـاً ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

(**قائم على الأمانة بعده**) ش: أي بعد الشراء م: (**فلم يصر مستوفيًا**) ش: لكون قبضه قبض أمانة في هذه الصورة م: (**فإذا هلك**) ش: أي المدفوع إليه م: (**يرجع عليه مرة**) ش: أي يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة م: (**ثم لا يرجع**) ش: بعد ذلك أصلاً عند الهلاك م: (**لوقوع الاستيفاء على ما مر**) ش: أشار به إلى ماذكره من قوله لأنه يثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيًا بالقبض بعده .

وذكر « الإمام المحبوبي » هنا فرقًا آخر : وهو أن الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فله أن يرجع على الموكل بعد ، وأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة ، قيل هذا من المواضع التي يفارق فيها المضارب الوكيل على ما ذكرنا في أوائل فصل العزل .

* * *

فصل في الاختلاف

قال : وإذا كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً . وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب ، وكان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول أولاً : القول قول رب المال وهو قول زفر -رحمه الله- لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر ، والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكره في الكتاب ، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض ، وفي مثله القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً لأنه أعرف بمقدار المقبوض . ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح

م: **(فصل في الاختلاف)**

ش: أي في بيان أحكام اختلاف رب المال والمضارب ، ولما كان الاتفاق أصلاً والاختلاف عارضًا أخره عن الأصل .

م: **(قال)** ش: أي في الجامع الصغير م: **(وإذا كان مع المضارب ألفان فقال :)** ش: -أي المضارب- م: **(دفعت)** ش: بفتح التاء ، لأنه خطاب لرب المال بقوله أنت دفعت م: **(إلي ألفًا وربحت ألفًا . وقال رب المال لا)** ش: أي ليس الأمر كما ذكرت م: **(بل دفعت إليك ألفين)** ش: مضاربة م: **(فالقول قول المضارب ، وكان أبو حنيفة - رحمه الله- يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر -رحمه الله - لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو)** ش: أي رب المال م: **(ينكر ، والقول قول المنكر ، ثم رجع)** ش: أي أبو حنيفة - رحمه الله - م: **(إلى ما ذكره في الكتاب)** ش: أراد به الجامع الصغير م: **(لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض)** ش: قيد به ، لأن الاختلاف إذا كان في الصفة فالقول لرب المال على ما يجيء م: **(وفي مثله)** ش: أي وفي مثل الاختلاف في مقدار المقبوض م: **(القول قول القابض ضمينًا كان)** ش: أي القابض كالغاصب م: **(أو أمينًا)** ش: أي أو كان أمينًا كالمودع .

وقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن القول للعامل . وعن الشافعي- رحمه الله - في وجه : إذا كان في المال ربح تحالفا ، والأصح هو الأول .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن القابض م: **(أعرف بمقدار المقبوض)** ش: لأنه فعل نفسه ، فإذا كان القول قول الضمين في ذلك فالأمين بطريق الأولى ، ألا ترى أنه لو أنكر أصل القبض كان القول له ، فكذا إذا أنكر قبض بعضه ، كذا في « الإيضاح » .

م: **(ولو اختلفا)** ش: أي رب المال والمضارب ، ذكر هذا تفريعًا على ما تقدم م: **(مع ذلك)** ش: أي مع اختلافهما في المقبوض م: **(في مقدار الربح)** ش: المجرور يتعلق باختلاف في صورته : قال رب المال رأس المال ألفان ، وشرطت لك ثلث الربح ، وقال المضارب رأس المال

فالقول فيه لرب المال ، لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت ، لأن البينات للإثبات . قال : ومن كان معه ألف درهم فقال : هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفاً ، وقال فلان : هي بضاعة فالقول قول رب المال ؛ لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر . ولو قال المضارب : أقرضتني وقال رب المال : هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ؛ لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر . ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها ، فالقول للمضارب ؛

ألف وشرطت لي نصف الربح م: (**فالقول فيه**) ش: أي في الربح م: (**لرب المال**) ش: وفي القدر للمضارب . وعليه نص أحمد وقول لمالك وأبي ثور وابن المنذر .

وقال الشافعي : يتحالفان كالمتبايعين .

قلنا : اليمين على المنكر بالحديث والمضارب يستحق ما يستحق بالشرط ، فكان مدعيًا للشرط ، بخلاف المتبايعين ، لأن كل واحد مدع ومنكر م: (**لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته**) ش: أي من جهة رب المال ، لأنه يعلم بشرطه وهو منكر للشرط .

م: (**وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت ، لأن البينات للإثبات**) ش: أما رب المال فإنه يدعي فضلاً في رأس ماله فتقبل بينته فيه ، وأما المضارب فلأنه يدعي فضلاً في الربح ، فكذا تقبل بينته .

م: (**قال : ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفًا ، وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال**) ش: هذه من مسائل الجامع الصغير ، وإنما يكون القول قول رب المال م: (**لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطًا من جهته**) ش: أي أو يدعي شرطًا من جهة رب المال م: (**أو يدعي**) ش: أي المضارب م: (**الشركة**) ش: أي في ماله م: (**وهو**) ش: أي رب المال م: (**ينكر**) ش: والقول قول المنكر .

م: (**ولو قال المضارب أقرضتني**) ش: هذا المال م: (**وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ، لأن المضارب يدعي عليه التملك**) ش: من جهته م: (**وهو**) ش: أي رب المال م: (**ينكر**) ش: والقول قول المنكر ، بخلاف ما لو ادعى رب المال القرض والمضارب يدعي المضاربة حيث تكون البينة بينة رب المال والقول للمضارب ، لأنهما اتفقا أن الأخذ كان بإذنه ورب المال يدعي ضمانًا والمضارب ينكر فالقول له والبينة للمدعي ، ذكره في « الإيضاح » .

م: (**ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب**)

لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة ، لأن الأصل فيه الخصوص . ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال ؛لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته فيكون القول له . ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة .

ش: في دعوى العموم مع يمينه م: (**لأن الأصل فيه**) ش: أي في باب المضاربة م: (**العموم والإطلاق**) ش: فيكون القول لمن يتمسك بالأصل ، وبه قالت الثلاثة .

وقال زفر - رحمه الله - : القول لرب المال ، لأن الإذن يستفاد من جهته م: (**والتخصيص يعارض الشرط**) ش: أي تخصيص المضاربة بنوع يعارض الشرط من جهة رب المال وإلا فالأصل التعميم كما ذكرنا ، وهذا لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع أنواع التجارات ، فلو لم يكن العقد للعموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص كما في الوكالة م: (**بخلاف الوكالة ، لأن الأصل فيه الخصوص**) ش: ولا يثبت فيه العموم إلا بالتنصيص ، وإنما ذكر الضمير في فيه مع أنه راجع إلى الوكالة إما باعتبار التوكيل وإما باعتبار حذف المضاف ، أي لأن الأصل في باب الوكالة .

م: (**ولو ادعى كل واحد منهما نوعًا**) ش: بأن قال رب المال في البر وقال المضارب في الطعام م: (**فالقول لرب المال ، لأنهما اتفقا على التخصيص**) ش: لأن كلاً منهما يدعي خصوصية نوع ، ولكن اعتبار قول من يستفاد الإذن من جهته أحق ، أشار إليه بقوله م: (**والإذن يستفاد من جهته**) ش: أي من جهة رب المال م: (**فيكون القول له ، ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب**) ش: يعني إذا أقاما البينة كانت بينة المضارب أولى م: (**لحاجته**) ش: أي لحاجة المضارب م: (**إلى نفي الضمان**) ش: عن نفسه م: (**وعدم حاجة الآخر**) ش: أي ولعدم حاجة الآخر وهو رب المال م: (**إلى البينة**) ش: لعدم الضمان من جهته . قال السغناقي : في هذا مما يتأمل في صحته ، وإن كانت رواية الإيضاح تساعد ، لأن رب المال يحتاج أيضًا إلى إثبات ما ادعاه ، بل بينة رب المال أولى بالقبول لإثباتها أمرًا عارضًا وهو الضمان وشرعية البينات لإثبات الأمر العارض غير الظاهر ، كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد .

وجعل صاحب « الذخيرة » بينتهما في دعوى الخصوص والعموم واحدًا ، وقال: لأن العمل فيهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أولاً ، ثم نهاه عنه ، وأذنه بالخصوص ، أو أذن له بالخصوص أولاً ، ثم أذن له بالعموم ، فإن لم توقت البينتان وقتًا على الشراء أو وقت إحداهما دون الأخرى فيعمل ببينة رب المال لتعذر العمل بهما ليعمل ببينة رب المال ، لأنه يثبت ما ليس بثابت فافهم .

ولو وقتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى ، لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

م: (**ولو وقتت البينتان وقتًا**) ش: بأن قال رب المال دفعته في البر في رمضان . وقال العامل في الطعام في شوال م: (**فصاحب الوقت الأخير أولى ، لأن آخر الشرطين ينقض الأول**) ش: أي يفسخه ، فكان الرجوع إليه أولى .

فروع : نفقة عبد المضاربة في مال المضاربة وجعله إذا أبق على رب المال ظهر ربح أو لا بلا خلاف دفع إليه العين . وقال أضف من عندك ألفًا أخرى يكون ألفان منهما شركة والألف مضاربة بالنصف جاز ، خلافًا لبعض المالكية ، ويجوز أن يكون الرجل عاملاً في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر .

وقال أحمد - رحمه الله - : لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأول دفع ألفًا على أن له نصف ربحهما جاز بلا خلاف . ولو قال على أن لي ربح نصفها جاز أيضًا عندنا وعند أبي ثور ، خلافًا للأئمة الثلاثة ، ولو اشترى العامل بالألف أمة أو غنمًا أو بقرًا أو مكيلاً أو موزونًا يساوي ألفين زكى حظه لظهور الربح ، وبه قال الشافعي - رحمه الله- في قول وأحمد - رحمه الله - في رواية . وقال مالك - رحمه الله - والشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد - رحمه الله - في رواية : لا يزكي لعدم ملكه الربح قبل القسمة ، ولو اشترى أمتين أو غنمًا أو بقرًا أو برًا أو شعيرًا لا يزكي لاختلاف الجنس ، فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح بلا خلاف وبعد يفقد في حصته ولرب المال فسخها دفعًا للضرر عن نفسه ، وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز قبل ظهور الربح ، والله أعلم بالصواب .

***

كتاب الوديعة

قال : الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام : « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » .

م: (كتاب الوديعة)

ش: ذكرها عقيب كتاب المضاربة ، لأن مبناها على الأمانة وهي فعيلة بمعنى مفعولة من الودع ، وهو الترك ، وشرعًا هي تسليط الغير على حفظ المال أي مال كان بشرط أن يكون قابلاً لإثبات اليد عليه ، حتى لو أودع الآبق أو الساقط في البحر أو الطير في الهواء لا يصح .

وركنها : الإيجاب والقبول ، فإذا وضع عند آخر ثوبًا مثلاً ولم يقل شيئًا فذهب وذهب الآخر وضاع يضمن ، لأن هذا إيداع عرفًا .

وكذا لو قال : هذا وديعة عندك بخلاف ما إذا قال الجالس لا أقبل فذهب وضاع حيث لا يضمن لأنه صرح بالرد . ولو ألقاه في بيته كان قابلاً بالسكوت ، فإذا ضاع يضمنه . وكذا لو قال لصاحب المال أين أضع ثيابي فقال ثمة فوضعه فسرق يضمن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**الوديعة أمانة في يد المودع**) ش: بفتح الدال ، ويقال للمال أيضًا مودع بالفتح كما يقال وديعة . وما قيل إن الوديعة والأمانة لفظان مترادفان فلا يرتفعان على الابتداء والخبرية إلا بطريق التفسير ، كما يقال : الليث أسد ، والحبس منع ، وليس المراد هنا التفسير .

فجوابه : أن هذا من باب الإخبار بالعام عن الخاص وهو جائز إلا أن الأمانة أعم من الوديعة .

وقال السغناقي - رحمه الله - : الأولى أن يقال : إن لفظ الأمانة صار علمًا لما هو غير مضمون ، فكان معنى قوله أمانة غير مضمون عليه ، وتبعه على ذلك الكاكي -رحمه الله - .

وفيه ما فيه لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك ، وليت شعري أنى علم هذا من أقسام الأعلام .

م: (**إذا هلكت لم يضمنها**) ش: لأن المودع متبرع والتبرع لا يوجب ضمان حق لو سرقت عنده ، وإن لم يسرق معها ماله لم يضمن عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك - رحمه الله - فإنه يضمن للتهمة إذا لم يسرق معه مال له .

م: (**لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان**)

ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم .

ش: أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في « سننهما » عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة ابن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ولكن يتقدم المستودع على المستعير[1] .

فإن قلت : هذا الحديث ضعيف ، لأن الدارقطني قال : عمرو وعبيدة ضعيفان ، وإنما يروي هذا من قول شريح غير مرفوع ، ثم أخرجه من قول شريح ، ورواه عبدالرزاق في مصنفه من قول شريح . وقال ابن حبان في كتاب « الضعفاء » : عبيدة يروي الموضوعات عن الثقات .

قلت : قول الدارقطني عمرو وعبيدة ضعيفان جرح مبهم فلا يقبل . أما عمرو بن عبد الجبار فهو ابن أخ عبيدة لم يضعفه أحد فيما نعلم، غير أن ابن أخيه ذكره ولم يزد على قوله له مناكير . وأما عبيدة : فهو بفتح العين وكسر الباب الموحدة ابن حسان البخاري وذكره البخاري في تاريخه ولم يذكر فيه جرحًا ، ويؤيده ما رواه ابن ماجة عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : « **من أودع وديعة فلا ضمان عليه** »[2] .

ورواه ابن حبان من حديث ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به ، وأعله بابن لهيعة وهو عبد الله بن لهيعة المصري وثقه أحمد وأثنى عليه ، والعجب من شراح الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث ولا سيما الأترازي الذي يدعي بدعوى عريضة في الحديث ، ولم يزد في شرحه على قوله فيه نظر ، لأن أبا عبيدة جعله من كلام شريح في غريب الحديث وكذلك الزيلعي الذي أخرج أحاديث الهداية حيث نسب هذا الحديث إلى مخرجه وذكر ما قالوا فيه من الطعن وسكت .

قوله : غير المغل من الإغلال بالغين المعجمة وهو الخيانة والمعنى غير الخائن ، وكذلك الغلول الخيانة ولكنه يستعمل في الغنم ، والإغلال عام .

م: (**ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع**) ش: وهو طلب ترك الوديعة عند غيره ، يقال أودعت فلانًا مالاً واستودعته إياه إذا لم يدفعه إليه ليكون عنده فأنت مودع ومستودع بكسر الدال فيهما ، وزيد مودع ومستودع بفتح الدال فيهما م: (**فلو ضمناه**) ش: أي المودع بفتح الدال م: (**يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم**) ش: لأن كل واحد يمتنع عن قولها ، فلو ضمناه أي المودع

---

(١) ضعيف : رواه الدارقطني في البيوع (٣/ ٤١) ، والبيهقي في السنن (٦/ ٩١) ، من طريق عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا . قال الدارقطني : عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع .

(٢) حسن : أخرجه ابن ماجة في الأحكام - باب الوديعة (٢٤٠١) من طريق المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال : وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله ؛ لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ، ولأنه لا يجد بداً

بفتح يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم ، لأن كل واحد يمتنع عن قبولها خوفًا من الضمان ، والناس محتاجون إلى ذلك فيؤدي إلى ضرر بهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله**) ش: نحو زوجه وولده ووالديه وأجيره الخاص وهو الأجير مشاهرة أو مشابهة ، وعبده وأمته ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وقال الشافعي وأشهب المالكي - رحمهما الله - : يضمن بالدفع المبهم .

وفي « الكافي » : العبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة ، حتى لو أودعت المرأة وديعتها إلى زوجها لا تضمن ، وإن لم يكن الزوج في نفقتها والابن الكبير إذا كان يسكن مع المودع ولم يلزمه نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة ولم يشترط في التحفة الحفظ بالعيال ، بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بحرزه من كان ماله في يده .

ثم قال : يعني به الأجير مشاهرة بنفقته وكسوته والعبد المأذون الذي في يده مال والشريك المفاوض والعنان وإن لم يكونوا في عياله .

وفي «الذخيرة» : الدفع إلى العيال إنما يجوز إذا كان في عياله أمينًا وإلا فلا يجوز ، وفي « فتاوى أبي الليث » : رجل غاب وخلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس ثم رجع وطلب الوديعة فلم يجدها فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على الزوج ، وإن كانت غير أمينة وعلم الزوج بذلك ومع هذا ترك الوديعة معها فهو ضامن .

وذكر أبو الليث أيضًا في « خزانة الفقه » : لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة أشياء التقصير في حفظها وخلطها بماله ومنعها عن مالكها بعد الطلب ثم قال : فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة إليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والأجير ، ثم قال : فيها شيئان لا يوجبان الضمان مع الخلاف إذا قال لا تدفع إلى زوجتك فدفع إليها وقال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في تلك الدار ، وقال في آخر شرحه الجامع الكبير المودع أو دفع الوديعة إلى عامله يعني إلى الذي المودع في عياله لم يضمن .

وقال الإمام الزاهد العتابي : هذه الرواية لم توجد إلا في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير .

م: (**لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولأنه لا يجد بدًا**) ش:

من الدفع إلى عياله ، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ، ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به . فإن حفظها بغيرهم أو أودعها عند غيرهم ضمن ؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره ، والأيدي تختلف في الأمانة ، ولأن الشيء لايتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره إيداع

أي فراقًا ، وهو اسم من بده بدًا إذا فرقه والمصدر بفتح الباء ، نقول بده بدًا م: (**من الدفع**) ش: أي دفع الوديعة م: (**إلى عياله ، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته**) ش: في جميع الأوقات ، لأنه يخرج في قضاء حوائجه وأداء ما عليه من الواجبات م: (**ولا استصحاب الوديعة في خروجه**) ش: أي ولا يمكنه أن يأخذ الوديعة عند خروجه من بيته م: (**فكان المالك**) ش: أي صاحب الوديعة م: (**راضيًا به**) ش: أي يحفظها بمن في عياله دلالة ، وإن لم يكن صريحًا ، وفي «الاختيار» : ولهذا لا يصح نهيه ، يعني إذا نهى المالك أن يحفظها بمن في عياله لا يصح نهيه لما ذكرنا .

وقال أيضًا : ولو قال : لا تدفعها إلى شخص عينه في عياله ممن لابد له منه فإن لم يكن له عيال سواه لم يضمن وإن كان له سواه يضمن ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال .

م: (**فإن حفظها بغيرهم**) ش: أي فإن حفظ المودع الوديعة منه غيرهم أي عند غير من هو في عياله بأن يخرج من بيته وترك الوديعة واستحفظها بغيره م: (**أو أودعها عند غيرهم**) ش: أي عند غير من في عياله بأن نقلها من بيته وترك الوديعة فيه ودفعها إلى أجنبي وديعة م: (**ضمن**) ش: في الوجهين جميعًا وما قيل إن كان ينبغي أن لا يضمن بالإيداع ، لأنه ذكر فيها .

قيل : لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره في الوجه الذي يحفظ مال نفسه بنفسه فكان له استحفاظها في استحفاظ مال نفسه فجوابه يخرج من قوله ، لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي مختلفة في الأمانة .

وأما المراد عن كلامه الأول أن يحفظ مال نفسه غالبًا ، فإن الغالب هذا م: (**لأن المالك رضي بيده**) ش: أي بيد المودع لتوثقه به م: (**لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة**) ش: فرب يد يتوثق بها المودع ولا يتوثق بها المالك ، وكذا على العكس .

م: (**ولأن الشيء لا يتضمن مثله**) ش: أي لا يستتبع مثله م: (**كالوكيل لا يوكل غيره**) ش: نوقض هذا بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب حيث يجوز للمستعير الإعارة وللمأذون أن يأذن لعبده ، وللمكاتب أن يكاتب عبدًا حتى أجاز ابن أبي ليلى إيداع المودع قياسًا على هذا .

وأجيب : بأن تصرف هؤلاء بالملك لأن المستعير مالك للمنفعة ، وكذا المأذون والمكاتب وكلاهما منافي غيره .

م: (**والوضع**) ش: أي وضع المودع الوديعة م: (**في حرز غيره إيداع**) ش: أي إيداع المودع

إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه . قال : إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى ؛ لأنه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينة ؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع . قال : فإن طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع ، وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده

الوديعة وهو مصدر مضاف إلى فاعله والمفعول محذوف وارتفاعه على أنه خبر عن المبتدأ ، أعني قوله والوضع ، وإنما كان إيداعًا لأن الحرز في يد غيره فصار بالوضع فيه مسلمًا إليه وهو إيداع ، فإذا كان إيداعًا يكون ضامنًا كالإيداع الحقيقي م: (**إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظًا بحرز نفسه**) ش: لأنه بالاستئجار صار الحرز له ، وإن كان الملك لغيره وقد تستأجر البيوت لحفظ الأمتعة .

م: (**قال**) ش: الاستثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمنه م: (**إلا أن يقع في داره حريق**) ش: أي نار ، كذا فسره البعض ، والصحيح أنه اسم للاحتراق ولم يذكر أهل اللغة أنه اسم النار م: (**فيسلمها إلى جاره**) ش: بنصب اللام ، أي فإن يسلمها ، لأنه عطف على أن يقع .

قال الحلواني : هذا إذا أحاط الحريق بمنزله بحيث لا يمكنه أن يدفعها إلى بعض من عياله ، فلو أمكنه تناوله إلى بعض من في عياله يضمن بالدفع إلى الأجنبي م: (**أو يكون**) ش: بالنصب أيضًا عطفًا إلا أن يقع أي أو إلا أن يكون م: (**في سفينة فخاف الغرق**) ش: بفاء العطف وهو عطف الماضي على المضارع في الصورة .

وفي نسخ القدوري - رحمه الله - يخاف الغرق بالمضارع الواقع حالاً ، والغرق مصدر غرق في الماء م: (**فيلقيها إلى سفينة أخرى**) ش: بنصب للياء في فيلقيها عطفًا على أو يكون وإن عطفته على فخاف يكون مرفوعًا ويكون عطف المضارع على الماضي م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من التسليم إلى الجار والإبقاء في السفينة م: (**تعين طريقًا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك**) ش: دلالة لأنه لا يمكنها أن يحفظ في هذه الحالة إلا بهذا الطريق .

م: (**ولا يصدق على ذلك**) ش: أي لا يصدق المودع على الفعل المذكور م: (**إلا ببينة ، لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب**) ش: أي سبب الضمان وهو التسليم إلى جاره ، وفي المنتقى : هذا إذا لم يعلم أن بيت المودع احترق ، فإذا علم قبل قوله بلا بينة م: (**فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع**) ش: ، فلا يصدق إلا ببينة ، لأنه يدعي سقوط الضمان بعد تحقيق السبب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإن طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر**) ش: أي والحال أنه يقدر م: (**على تسليمها ضمنها ،لأنه متعد بالمنع وهذا**) ش: أي وجوب الضمان لكونه متعد بالمنع م: (**لأنه لما طالبه لم يكن راضيًا بإمساكه**) ش: أي بإمساك المودع الوديعة م: (**بعده**)

فيضمنها بحبسه عنه . قال : وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقالا : إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير . لهما

ش: أي بعد الطلب م: (**فيضمنها**) ش: أي إذا كان كذلك فيضمنه ، أي يضمن الوديعة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المودع بفتح الدال ، لأنه اسم للوديعة ، وإن جعل هذا من التضمين يعود الضمير إلى المطلوب ، أعني المودع ، أي فيضمن المالك المودع م: (**بحبسه عنه**) ش: أي بحبس المودع الوديعة عن المالك .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإن خلطها المودع**) ش: بفتح الدال خلط المودع الوديعة م: (**بماله حتى لا يتميز**) ش: فإن خلط الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم م: (**ضمنها**) ش: لأنه استهلاك على ما يأتي ، وبه قالت الثلاثة في غير خلط الجنس بالجنس .

والخلط على أربعة أوجه : خلط بطريق المحاورة مع تيسير التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز ،فإنه لا يقطع حق المالك بلا خلاف ، فيمكن المالك من الوصول إلى غير حقه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تفسير التمييز كخلط الحنطة مع الشعير فذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان بلا خلاف ، لأنه لا يصل المالك إلى حقه إلا بحرج ، والمتعذر كالمتعسر ، لأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فيتعذر التمييز حقيقة ، ويتعذر أيضًا حكمًا بالقسمة لا خلاف الجنس .

فإن القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وخلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجة كخلط الخل بالحاء المهملة ، وهو دهن السمسم بالزيت وكل مائع بغير جنسه فيضمن فيه بلا خلاف ، لأنه استهلاك مطلقًا وخلط الجنس مع الجنس كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز ودهن الجوز مع دهن الجوز ،وخلط اللبن باللبن والحنطة بالحنطة والدراهم البيض بالبيض والسود بالسود فعند أبي حنيفة - رحمه الله - يضمن وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - وعندهما لا ينقطع حق المالك بل له الخيار إن شاء ضمن وإن شاركه وقال مالك - رحمه الله - : شاركه بلا خيار .

م: (**ثم لا سبيل للمودع**) ش: بكسر الدال صاحب الوديعة م: (**عليها**) ش: أي على الوديعة م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله - و قالا : إذا خلطها بجنسها شركة إن شاء**) ش: أي شركه المودع في المودع إن شاء المودع بالكسر م: (**مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض**) ش: بكسر الباء جمع أبيض م: (**والسود بالسود**) ش: بضم السين جمع أسود ، أي الدراهم السود بالدراهم السود م: (**والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -

أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة معه فكان استهلاكاً من وجه دون وجه ، فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه استهلاك من كل وجه ، لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها .ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة – رحمه الله- ، لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط . وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان فتتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه

م: (**أنه**) ش: أي أن المودع بالكسر م: (**لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه**) ش: أي الوصول إلى حقه م: (**معنى**) ش: أي حكمًا م: (**بالقسمة معه**) ش: لأن القسمة فيما لا تتفاوت في إجارة إفراز وتعيين ، حتى يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حقه عينًا من غير قضاء ولا رضى ، فكان إمكان الوصول إلى غير حقه قائمًا معنى مخير م: (**فكان**) ش: أي هذا الخلط م: (**استهلاكًا من وجه**) ش: حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة م: (**دون وجه**) ش: حيث أمكنه معنى م: (**فيميل إلى أيهما شاء**) ش: أي الوجهين شاء لما ذكره .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة – رحمه الله – م: (**أنه**) ش: أي أن هذا الخليط م: (**استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه**) ش: لأن عين حقه بالصورة والمعنى ، والتحقيق فيه أن الاستهلاك من العباد التعييب ، فأما انعدام المحل فبتحليف الله تعالى والتعييب قد وجد ، فصار متعديًا ضامنًا لا شريكًا فلا يباح له التناول قبل أداء الضمان، كذا في البدرية م: (**ولا معتبر بالقسمة**) ش: أي لا اعتبار هو مصدر ميمي م: (**لأنها**) ش: أي لأن القسمة م: (**من موجبات الشركة**) ش: أي أحكامها م: (**فلا تصلح**) ش: أي القسمة م: (**موجبة لها**) ش: أي للشركة ، لأنه ينقلب لعلة حكمًا والحكم علة .

م: (**ولو أبرأ الخالط**) ش: بنصب الطاء ، أي ولو أبرأ المالك المودع الخالط ، ذكر هذا فائدة للخلاف المذكور م: (**لا سبيل له على المخلوط**) ش: أي لا يبقى للمبر طريق على المخلوط م: (**عند أبي حنيفة – رحمه الله – لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط**) ش: بالإبراء م: (**وعندهما بالإبراء تسقط خيرة الضمان**) ش: أي خيار الضمان والخيرة بكسر الخاء وفتح الياء آخر الحروف اسم للاختيار كالطيرة بالكسر اسم التطير .

وهذه الصيغة في المصدر قليلة م: (**فتتعين الشركة في المخلوط**) ش: يعني تصير شركة بلا خيار وخلط دهن اللوز بدهن الجوز م: (**وخلط الخل بالزيت**) ش: أي خلط دهن السمسم بالزيت وهو بالخاء المهملة كما ذكرناه ، وارتفاع الخلط بالابتداء م: (**وكل مائع بغير جنسه**) ش: بجر كل عطفًا على الخل ، أي وخلط كل مائع بغير جنسه كالعسل بالدبس والرب بالقطارة

يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان ، وهذا بالإجماع ، لأنه استهلاك صورة ، وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس . ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح ، لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر ، فيتعذر التمييز والقسمة. ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة -رحمه الله- ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا . وعند أبي يوسف- رحمه الله - يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب إجزاء .

والسمن بالدهن م: (**يوجب انقطاع حق المالك**) ش: وهو خبر مبتدأ إلى الضمان في محل النصب على الحال ، أي يوجب انقطاع حق المالك منتهيًا م: (**إلى الضمان ، وهذا**) ش: أي وهذا الحكم وهو وجوب الضمان م: (**بالإجماع ، لأنه استهلاك صورة**) ش: وهو ظاهر م: (**وكذا معنى**) ش: أي كذا هو استهلاك معنى أحكامها م: (**لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس**) ش: فتعين المصير إلى الضمان .

م: (**ومن هذا القبيل**) ش: أي من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع م: (**خلط الحنطة بالشعير**) ش: ارتفاع الخلط بالابتداء وخبره مقدم وهو من هذا القبيل .

م: (**في الصحيح**) ش: احترز به عما روى الحسن أن الجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف ، والصحيح أن حق المالك ينقطع بالإجماع .

وقال شمس الأئمة البيهقي في كتاب الغصب من « الكفاية » : روى الحسن في مسألة الحنطة بالشعير عن أبي حنيفة مثل قولهما م: (**لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر**) ش: لما في الحنطة حبات الشعير ، وفي الشعير حبات الحنطة م: (**فيتعذر التميز والقسمة**) ش: لاختلاف الجنس وقد ذكرناه .

وما قيل إن : تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب في ماء فيرسب الحنطة ويطفو الشعير .

فجوابه : أن هذا إفساد المخلوط في الحال ، مع أن الراسب يمكن أن يكون فيه من حبات حنطة صاحب الشعير ، وفي الطافي يكون من حبات شعير صاحب الحنطة .

م: (**ولو خلط المائع بجنسه**) ش: بأن خلط السيرج بالسيرج أو الزيت م: (**فعند أبي حنيفة - رحمه الله- ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا**) ش: أشار به إلى ما ذكر من قوله لأنه استهلاك من كل وجه .

م: (**وعند أبي يوسف - رحمه الله - يجعل الأقل تابعًا للأكثر**) ش: فيضمن صاحب الكثير القليل م: (**اعتباراً للغالب إجزاء**) ش: أي من حيث الإجزاء والفرق لأبي يوسف - رحمه الله - بين خلط المائع من خلاف جنسه وبين خلط المائع بالمائع بجنسه ، فإن في خلاف الجنس يقطع

وعـنـد محـمـد -رحمـه الله - شـركة بكل حـال ، لأن الجنـس لا يغلب الجنس عنده على مـا مر في الرضـاع ، ونظــيـره خـلط الـدراهم بمثلـهـا إذابة ، لأنه يصـيـر مـانعـا بالإذابة . قـال : وإن اختلـطت بماله من غير فــعله فهو شـريك لصـاحبها ، كمـا إذا انشـق الكيـسان فـاختلطـا ، لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه

حق المالك بالإجماع أن التداخل والشيوع في المائعات أكثر ، فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق ، يعني الاستهلاك أما في الجنس يعتبر الأكثر إذ أقلها مائع لما أن الخاصية باقية ، كذا في « الفوائد الظهيرية » .

م: (**وعند محمد - رحمه الله - شركة بكل حال**) ش: يعني سواء كان أحدهما غالبًا أو مغلوبًا أو كانا متساويين م: (**لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده**) ش: أي عند محمد - رحمه الله - م: (**على ما مر في الرضاع**) ش: من أن الصبي إذا شرب لبن امرأتين بأن جعل لبنهما في قدح ثم صب في حلق ، فعند أبي يوسف العبرة للأكثر ، وعند محمد يثبت الرضاع منهما جميعًا م: (**ونظيره**) ش: أي نظير الحكمة المذكورة وهو خلط المائع بجنسه م: (**خلط الدراهم بمثلها إذابة**) ش: أي من حيث الإذابة في النار ، أراد أنه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند أبي حنيفة - رحمه الله - ينقطع حق المالك بكل حال .

وأبو يوسف - رحمه الله - يجعل الأقل تابعًا للأكثر في رواية عنه . وقال محمد - رحمه الله - : الشركة بكل حال على أصله م: (**لأنه يصير مائعًا بالإذابة**) ش: الضمير في لأنه يرجع إلى الدراهم ، وكان ينبغي أن يقول لأنها تصير مائعة ، ولكن التذكير إما باعتبار الدراهم ورقًا بكسر الراء ، وإما باعتبار المذكور وكل ذلك لا يخلو عن نوع تعسف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن اختلطت**) ش: أي الوديعة م: (**بماله**) ش: أي بمال المودع بفتح الدال م: (**من غير فعله فهو شريك لصاحبها**) ش: أي لصاحب الوديعة م: (**كما إذا انشق الكيسان فاختلطا**) ش: بأن كان في صندوقه كبد له فمط كيس الوديعة فانشق الكيسان من ذاتهما أو بقرض فأرة ونحوها فاختلط المالان ، وهذا الكلام بيان لقوله من غير فعله م: (**لأنه**) ش: أي لأن المودع م: (**لا يضمنها**) ش: هذا تعليل لقوله فهو شريك لصاحبها ، وكان حق ترتيب الكلام أن يقال : وإن اختلطت بماله من غير فعله كما إذا انشق الكيسان فاختلطا فهو شريك لصاحبها ، لأنه لا يضمنها م: (**لعدم الصنع منه**) ش: أي من المودع بالفتح ، أي الصنع الموجب الضمان .

قال السغناقي : ولو تمكن تفسير ذلك من المودع بأن جعل الدراهم الوديعة في كيس بال ، ولكن المختلط بينهما بقدر ملكهما .

فيشتركان وهذا بالاتفاق . قال : فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم .

قلت : كلام يوهم أن الكيس إذا كان جديداً يضمن ولا يكون شريكًا وليس كذلك ، وإنما عدم الضمان على عدم الصنع منه سواء كان الكيس جديداً أو باليًا .

وفي « الكافي » للحاكم : فإن انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهم المودع فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان .

وإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعًا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني أو مكسرة ، فإن كان دراهم أحدهما صحاحًا ، ودراهم الآخر مكسرة لا تثبت الشركة بينهما ، بل يميز كل واحد منهما فيدفع إلى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لإمكان التمييز ، وإن كان دراهم أحدهما صحاحًا جياداً وفيها بعض الرديء ودراهم الآخر صحاحًا رديئًا وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين ، لأن هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ، ثم كيف يقتسمان إن تصادقا أن ثلثي مال أحدهما جياد وثلثه رديء وثلثه جيد يقتسمان الجياد من المال المختلط أثلاثًا والرديء أثلاثًا على قدر ما كان لكل واحد منهما وإن لم يتصادقا وكان لا يعرف وادعى كل واحد منهما أن ثلثي ماله جياد وثلثه رديء ويأخذ كل واحد منهما ثلث الجياد، لأنهما اتفقا على أنه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد فيأخذان ذلك .

واختلفا في ثلث الآخران يدعي كل منهما لنفسه وذلك الثلث في أيديهما في يد كل واحد منهما نصف الثلث وهو سدس الكل ، فيكون القول قول كل واحد منهما في مائدة ويحلف كل منهما على دعوى صاحبه ، فإن حلفا برئا عن الدعوى وترك المال في أيديهما كما كان ، وإن نكلا قضي لكل منهما بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه ، وكذلك إن قامت لكل منهما بينة ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر برئ الحالف ، فيرد الناكل نصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يده إلى صاحبه .

م: (**فيشتركان**) ش: أي المودع والمودع م: (**وهذا بالاتفاق**) ش: أي الحكم المذكور بالاتفاق بين علمائنا ، فإن هلك البعض كان في مالهما جميعًا ، إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك والباقي على الشركة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن أنفق المودع بعضها**) ش: أي بعض الوديعة م: (**ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكًا على الوجه الذي تقدم**) ش: أي مثل ما أنفق قيد بالإنفاق ورد المثل ، لأنه لو أخذه لأجل الإنفاق ثم رده قبل الإنفاق لم يضمن ، لأنه إن حالف عاد إلى الوفاق ، كذا في « المبسوط » .

قال : وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها ، أو ثوبا فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان . وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يبرأ عن الضمان ، لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك. ولنا أن الأمر باق لإطلاقه وارتفاع حكم العقد

وقال الشافعي - رحمه الله - في قول مالك - رحمه الله - : يضمن الكل وكذا لو أنفق البعض ولم يرد شيئًا يضمن الكل ،عندهما يضمن ما أنفق ، لأن الغرامة بقدر الحيازة فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكًا على الوجه الذي تقدم.

وفي « الذخيرة » : هذا إذا لم يجعل علامة على ماله حين خلطه بمال الوديعة ، أما إذا جعل بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما أنفق ، وقال الشافعي - رحمه الله - في قول: لا يضمن إلا ما أنفق في الوجهين وبه قال ابن القاسم المالكي وأحمد - رحمهما الله-. وقال الربيع : يضمن الجميع إذا لم يتميز .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبًا فلبسه أو عبدًا فاستخدمه أو أودعها عند غيره**) ش: أي أودع المودع الوديعة عند غيره م: (**ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان**) ش: إنما قال : زال لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب، حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف .

وفي « التحفة » : وفي المستأجر والمستعير إذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان، وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع .

وفي « خلاصة الفتاوى » : وفي الإجارة والإعارة الأصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنًا للمنافاة**) ش: بين كونه ضامنًا وبين كونه أمينًا ، وإذا ثبت كونه ضامنًا انتفى كونه أمينًا وهو موجب العقد فارتفع العقد فلا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد م: (**فلا يبرأ إلابالرد على المالك**) ش: فلم يوجد ويضمن ، وبه قال مالك - رحمه الله - في رواية وأحمد -رحمه الله - وفي رواية ابن القاسم وأشهب يبرأ ،كقولنا .

م: (**ولنا أن الأمر**) ش: أي بالحفظ وهو الإيداع م: (**باق لإطلاقه**) ش: أي لإطلاق الأمر ، لأن قوله : احفظ هذا المال، يتناوله جميع الأوقات بعد الخلاف وقبله م: (**وارتفاع حكم العقد**) ش: جواب عن قول الشافعي - رحمه الله - لأن عقد الوديعة ارتفع ، وحكم العقد هو الحفظ

ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي

وارتفاعه على الابتداء ، وخبره قوله م: (**ضرورة ثبوت**) ش: أي لأجل ضرورة ثبوت م: (**نقيضه**) ش: لأجل ضرورة ثبوت نقيض حكم العقد ، لأن بطلان الشيء بما ينافيه ، والاستعمال ليس بموضوع لإبطال الإيداع ولا ينافيه م: (**فإذا ارتفع عاد**) ش: أي نقيض م: (**حكم العقد**) ش: بالعود إلى الوفاق عاد وحكم العقد وهو لزوم الحفظ المأمورية ، لأن الارتفاع كان لضرورة ثبوت العقد كما ذكر .

والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه ، وعورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للأمر من الأصل كالجحود ، فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كاعتراف بعد الجحود .

والجواب بما ذكرنا أن بطلان الشيء بما ينافيه أو بما هو موضوع لإبطاله ، فلا تكون المخالفة رداً له من الأصل وهي ليست بموضوعة لإبطال الإيداع ، ولا ينافيه .

ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل ، بخلاف الجحود ، فإنه قول موضوع للرد ، ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع ونهيها يكفر به .

والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست رداً ، ولهذا لا يكفر .

م: (**كما إذا استأجره**) ش: نظير المسألة الوديعة بالاستئجار أي كما إذا استأجر رجل رجلاً م: (**للحفظ شهراً**) ش: أي لحفظ متاعه مدة شهر م: (**فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي**) ش: فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً .

فإن قلت : هذا النظير غير مستقيم ، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عنده لازم فلا يرتد برده ، بخلاف ما نحن فيه .

قلت : العقد اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود عليه ، ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحفظ في المدة ، والمنفعة تحدث شيئًا فشيئًا فيترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ، ويكون باقيًا لبقاء العقد عليه ، فكذا في الحفظ بغير بدل .

فإن قلت : المستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ ، وكذا المستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق لم يبرأ .

فحصل الرد إلى نائب المالك . قال : فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها ؛ لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة ، وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع ، أو لأن المودع

قلت : لأن البراءة إنما تكون بالإعادة إلى يد المالك ، إما حقيقة وإما تقديراً ، ويد المستأجر أو المستعير يد نفسه فإنه يستوفي المنافع المملوكة من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملاً لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان ، خلافًا لزفر اعتباراً بالوديعة .

م: (**فحصل الرد إلى نائب المالك**) ش: هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك .

ووجهه أن المودع نائب المالك ، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعًا ، هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ، ووجهه أن المودع نائب المالك ، ووجهه أن المودع نائب بذلك ، فإذا ارتفعت المخالفة عاد مودعًا جعل الرد نائب المالك .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها**) ش: أي الوديعة ، وقيد بالجحود عند الطلب ، لأنه إذا جحد عند صاحبها لا بناء على الطلب لا يضمن ، كذا في «الخلاصة » م: (**لأنه**) ش: أي لأن صاحب الوديعة م: (**لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد**) ش: فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد م: (**إذ المطالبة بالرد رفع من جهته**) ش: أي رفع للعقد من جهة المالك م: (**والجحود فسخ من جهة المودع**) ش: بفتح الدال م: (**كجحود الوكيل الوكالة**) ش: يعني بمحضر من الموكل ، وذلك لأنه ترك الالتزام فكان فسخًا .

ونقل في « الأجناس » عن نوادر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - : إذا وكل ثم قال : لم أوكله لم يكن رجوعًا وعزلاً عن الوكالة .

ونقل عن وصايا الأصل إذا أوصى ثم أنكر الوصية فقال لم أوص فهو رجوع . قال في « الجامع » : لا يكون رجوعًا ، وفي « نوادر ابن شجاع » عن محمد - رحمه الله - : إذا أوصى لرجل ثم قال لم أوص له لم يكن رجوعًا . ولو قال : أشهد أني لا أوصي له فهو رجوع ، وكذلك لو وكل وكيلاً يبيع عبدًا له ثم قال : اشهدوا أني لم أوكله فهو كذب ، وهو وكيل . ولو قال إني لا أوكله ببيع العبد فهو عزل ، ولو شهدوا عليه بالكفر فجحد وقال ما تلفظت به يكون ذلك توبة ورجوعًا عنه .

م: (**وجحود أحد المتعاقدين البيع**) ش: أي وكجحود البائع أو المشتري حصول البيع م: (**فتم الرفع**) ش: أي إذا كان الأمر كذلك فتم العقد رفع العقد عنهما م: (**أو لأن المودع**) ش: إشارة

ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل . وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق . ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف -رحمه الله- خلافاً لزفر -رحمه الله- ، لأن الجحود عند غيره من

إلى تعليل ثان م: (**ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع**) ش: بكسر الدال م: (**كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإذا ارتفع**) ش: أي العقد م: (**لا يعود إلا بالتجديد**) ش: أي بتجديد العقد م: (**فلم يوجد الرد إلى نائب المالك**) ش: يعني بنفس المودع ، لأنه نائب المالك بجحود احتاج إلى التنجديد فلم يوجد فلم يكن ردًا إلى نفسه ، أعني المودع بالفتح فيضمن .

م: (**بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق**) ش: أراد بالخلاف الأول الخلاف في الحكم ، وبالخلاف الثاني خلاف المودع بالفعل ، يعني إذا خالف فعلاً ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله ، لأنه باق ، إذ الخلاف ليس برد الأمر ، لأن الأمر قول ، ورد القول بقول مثله ، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر ، لأن الجاحد يكون متملكًا للعين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره .

وفي « الزيادة » هذا كله إذا جحد الوديعة في المنقول ، أما لو جحدها في العقار قال السرخسي : لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - في جميع الوجوه . ومن المشايخ من قال : العقار يضمن بالجحود بلا خلاف وإن كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما . وقال الحلواني : في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان .

م: (**ولو جحدها عند غير صاحبها**) ش: بأن قال أجنبي : ما حال وديعته م: (**لا يضمنها عند أبي يوسف - رحمه الله - خلافًا لزفر - رحمه الله**) ش: إنما خص قول أبي يوسف - رحمه الله - بالذكر وإن كان عدم الضمان هو قول أصحابنا الثلاثة .

قيل : لأن هذا الفصل لم يكن مذكوراً في « مبسوط » محمد - رحمه الله - وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب - رحمه الله - فأورده كذلك .

وفي « النهاية » : أو جحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها لا يضمنها عند أبي يوسف - رحمه الله - وروى بشر عن أبي يوسف إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت لا يضمنها ، لأن الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ ، كذا في الذخيرة . وجه قول زفر - رحمه الله - أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره ، كالإتلاف حقيقة .

ووجه قول أبي يوسف ما ذكره بقوله م: (**لأن الجحود عند غيره**) ش: أي غير المودع م: (من

باب الحفظ ، لأن فيه قطع طمع الطامعين ، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر ، بخلاف ما إذا كان بحضرته .

باب الحفظ ، **لأن فيه قطع طمع الطامعين**) ش: عن الوديعة ، فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المودع بفتح الدال م: (**لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه**) ش: أي من المالك وهو ما عزله م: (**أو طلبه**) ش: أي أو بغير طلبه ، أي طلب المالك ، لأن العقد قائم بهما فلا يرتفع إلا بهما م: (**فبقي الأمر**) ش: أي العقد باعتبار بقائه ليد المالك فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة .

م: (**بخلاف ما إذا كان**) ش: أي الجحود م: (**بحضرته**) ش: أي بحضرة المالك وقد مر وجهه .

وفي « الأجناس » : أما المودع إذا جحد الوديعة كان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني يقول إنه على وجهين إن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن ، وإن لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن .

وفي « المنتقى » : إذا كانت الوديعة أو العارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها . وفي الأجناس الأمانة تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا في ثلاث مسائل : أحدها : متولى الوقف إذا مات ولا يعرف حال علتها الذي أخذها ولم يبين الاحتمال عليه ، ذكره في كتاب «الوقف » هلالُ البصري .

والثانية : السلطان إذا خرج إلى الغزو وغنموا فأودع بعض الوديعة بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه ، ذكره في السير الكبير .

والثالثة : أحد المتفاوضين في يد مال الشركة ومات ولم يبين لا ضمان عليه ، ذكره في الأصل .

وفي«الواقعات» : إذا قال دفعت الوديعة في مكان كذا ونسيت موضعها ، وهذا على وجهين : إما أنه لو قال دفنتها في داري أو في كرمي أو في موضع آخر ، ففي الوجه الأول والثاني لا يضمن إذا كان للدار والكرم باب ، لأنه ليس بتضييع ، وفي الوجه الثالث يضمن لأنه تضييع ، ونقل في « الأجناس » عن نوادر ابن رستم : إذا ادعى المستودع ضياع الوديعة منذ عشرة أيام فقال صاحب الوديعة أنا أقيم البينة أنها كانت في يدي منذ يومين . وقال المستودع : وجدتها بعد ذلك فضاعت صدق . فإن قال حين خوصم ليس له عندي وديعة ثم قال وجدتها فضاعت ضمن .

قال : وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة-رحمه الله-. وقالا : ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي- رحمه الله- : ليس له ذلك في الوجهين

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وفي « شرح الأقطع » : هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة لا في موضع واحد ، وهو أن يكون طعامًا كثيرًا فإنه يضمن استحسانًا إئا سافر به لا قياسًا .

وقال الإمام الأسبيجابي في « طريقة الخلاف » : إذا كان له حمل ومؤنة فعند أبي حنيفة لا يضمن سواء كان السفر قريبًا أو بعيدًا . وقال محمد - رحمه الله - : يضمن سواء كان قريبًا أو بعيدًا . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إن كان بعيدًا يضمن وإلا فلا ، ثم قال وأجمعوا إن كان الطريق مخوفًا يضمن كيفما كان ، ثم قال : وأجمعوا على أنه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن .

وقال قاضي خان في شرح « الجامع الصغير » : وأجمعوا على أن الأب والوصي إذا سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه قالوا إن قيده بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فسافر به يضمن ، وإن أطلق فسافر به لا يضمن إذا سرق أو ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة .

ثم الواو في قوله وإن كان لوصي والضمير في أوله يرجع إلى الوديعة باعتبار المودع بفتح الدال لأنه يطلق على الوديعة وعلى الذي يقبلها أيضًا كما علم من قبل . وقال الكاكي : بمال الوديعة وفيه نظر لا يخفى. والحمل بفتح الحاء مصدر حمل الشيء يقال ماله حمل ومؤنة ماله نقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو خبرة حمال. وفي الأصل ما له مؤنة في الحمل وهذا هو الأوجه.

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م: (**ليس له ذلك**) ش: أي السفر بالوديعة م: (**إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي - رحمه الله - ليس له ذلك في الوجهين**) ش: أي فيما له حمل ومؤنة وفيما ليس له ، وبه قال مالك ، وإذا قدر أن يردها على صاحبها ووليه أو الحاكم أو أمين . فأما إذا لم يقدر على أحد منهم لا يضمن للضرورة .

وللشافعي في نقلها من قريته إلى قرية فيما دون مدة السفر إذا كانت المسافة آمنة وجهان ، وهذا الخلاف إذا كان الطريق آمنًا ، فإن كان مخوفًا ضمن بلا خلاف ، وإذا كان آمنًا وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن ، لأنه أمكنه تركها في أهله ، ثم إطلاق قولهما ليس بوضع « الجامع الصغير » ولا « المبسوط » ، فإنه ذكر في الجامع الصغير أن له أن يخرج خلافًا للشافعي - رحمه الله-.

لأبي حنيفة إطلاق الأمر، والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً ، ولهذا يملك الأب والوصي في مال الصبي . ولهما أنه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به .

واختلف أصحابنا بعد ، فقال أبو حنيفة : لا يضمن قصر الخروج أو طال ، وكان له حمل ومؤنة أو لا . وقال أبو يوسف : إن قصر الخروج لم يضمن بكل حال ، وإن طال لم يضمن إلا فيما له حمل ومؤنة . وقال كذلك إلا فيما له مؤنة فإنه لا يملك وأن يخرج به قصر وأطال .

وفي « المبسوط » بعدما ذكر قول أبي حنيفة قال : إذا قربت المسافة فله أن يسافر بها ، وإذا بعدت ليس له ذلك .

م: (**لأبي حنيفة إطلاق الأمر**) ش: أي أمر الآمر ، لأنه أمره بالحفظ مطلقًا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان م: (**والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمنًا**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضي الجواز ، لكن المانع عنه متحقق، وهو كون المفازة ليس محلاً للحفظ .

فأجاب بقوله والمفازة إلى آخره قيد بقوله آمنًا لأنه إذا لم يكن آمنًا أوجب الضمان م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون المفازة محلاً للحفظ م: (**يملك الأب والوصي في مال الصبي**) ش: أي يملك السفر الأب والوصي بمال الصغير ، فلو كان التلف مظنونًا لما جاز لهما ذلك .

فإن قلت : مسافرتهما بمال الصغير ، فلو كان التلف مظنونًا لما جاز لهما ذلك . فإن قلت : بمسافرتهما بمال الصغير للتجارة والناس يخاطرون بها تطمع الربح والمودع ليس كذلك ، لأنه ليس له حق التصرف والاسترباح فيها ، فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحًا .

قلت : هذا توضيح الاستدلال ، ولئن كان استدلالاً فهو صحيح ، لأن ولايتهما على مال الصغير نظرية وأولى وجوه النظر غايته عن مواضع التلف ، فلو كان في وهم الستر وهم التلف لما جاز ، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف .

هذا حاصل ما ذكره السغناقي وتبعه على ذلك صاحب « الغاية » وصاحب «العناية » ، ولكن هو محل المناقشة .

فإن لقائل أن يقول : لا نسلم جواز سفر الأب أو الوصي بمال الصغير ، لأن الله أمر بالأحسن في قربان مال اليتيم فأين الأحسن والحسن في المسافرة بماله ، ولا نسلم عدم كون السفر وهم التلف ، وكون السفر مظنة التلف ومتحقق لا ينكر خصوصًا في قيام الفتن ببين الخلف . م: (**ولهما أنه يلزمه**) ش: أي أن المالك يلزمه م: (**مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد به**) ش: أي سفره بما ليس له حمل ومؤنة ، لأن فيما له حمل ومؤنة إضرار

والشافعي -رحمه الله- يقيده بالحفظ المتعارف وهوالحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر. قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به ، والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ، ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد ، وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً . قال : وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب

عليه .

فإن قلت : كيف يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة .

قلت : باعتبار موت المودع في طريق فإنه حينئذ يلزم المالك مؤنة الرد .

م: (**والشافعي - رحمه الله - يقيده**) ش: أي يقيد حفظ الوديعة م: (**بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار**) ش: أي أسباب الصيانة تتهيأ في الأمصار من كل وجه وفي غيرها من وجه دون وجه م: (**وصار كالاستحفاظ بأجر**) ش: أي صار حكم الوديعة في الحفظ ، كما إذا استأجر رجلاً ليحفظ متاعه شهرًا بدرهم فإنه لا يسافر ، فلو سافر به يضمن .

م: (**قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه**) ش: هذا جواب عن قولهما ؛ يعني مؤنة الرد تلزم المالك في ملكه .

تقديره : سلمنا أن المؤنة تلحق المالك ، لكنه ليس بمعنى من قبل المودع، بل إنما ذلك م: (**ضرورة امتثال أمره**) ش: فإنما أمره مطلقًا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى يرجع إلى المالك م: (**فلا يبالي به**) ش: أي يلحق المؤنة ، لأنه ضروري وضمني م: (**والمعتاد كونهم في المصر**) ش: جواب عن قول الشافعي - رحمه الله - ، أي المتعارف كون أهل الأمصار في المصر، يعني المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر م: (**لا حفظهم**) ش: أي ليس المعتاد حفظ المودعين في المصر ، ثم أوضح ذلك بقوله م: (**ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها**) ش: كأهل الخيام والأخبية ، فإنهم يحفظون أموالهم في المفازة ولا ينقلونها إلى الأمصار .

م: (**بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد**) ش: أشار بهذا إلى أن قياس الشافعي - رحمه الله - بالفارق فلا يجوز م: (**وإذا نهاه المودع**) ش: بكسر الدال إذا نهى المودع رب المال م: (**أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لأن التقييد مفيد، إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحًا**) ش: أي فكان تقييده صحيحًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب**

نصيبه منها لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا: يدفع إليه نصيبه . وفي « الجامع الصغير » : ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده . وقالا : له ذلك ، والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في «المختصر» . لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك .

نصيبه منها لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: حتى لو دفع يضمن نصفه .

م: **(وقالا : يدفع إليه نصيبه . وفي « الجامع الصغير » : ثلاثة استودعوا رجلاً ألفًا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا : له ذلك)** ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - إنما ذكر رواية الجامع الصغير تنبيهًا على ثلاث فوائد :

الأولى : البينة على أن المواد بموضع الخلاف ، وعن إطلاق القدوري الوديعة هو المكيل والموزون ، لأن المذكور فيه الألف وهو موزون .

الثانية : أن القدوري - رحمه الله - نص على الاثنين والجامع الصغير على الثلاثة ، ولولا رواية الجامع لكان لقائل أن يقول نصيب الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين ، فيصير مستهلكًا ، ويجعل تبعًا للأكثر فلا يوجد من المودع . وأما نصيب الحاضرين الاثنين لا يكون مستهلكًا ولا تابعًا فله أخذه فيه برواية الجامع أن الحكمين سواء .

الثالثة : أنه ذكر في كتاب « الوديعة » : القاضي لا يأمر المودع بالدفع ويوهم ذلك أن يأخذه ديانة ، فلما قال في « الجامع » : ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة وتلفت هذه المسألة بمسألة الحمامي وحكايته أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي هميانًا من ذهب فخرج أحدهما قبل صاحبه ، وأخذ الهميان وذهب به وخرج الآخر وطالبه بالهميان ، ولعلهما تواطئا على ذلك ، فتحير الحمامي ، فقيل : فَيصَلُ هذا الأمر عند أبي حنيفة - رحمه الله - فذهبوا إليه وقصوا عليه القصة ، فقال أبو حنيفة -رحمه الله - لا تقل دفعته إلى صاحبك ، ولكن قل لا أدفعه إليك حتى تحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي .

م: **(والخلاف في المكيل والموزون ، وهو المراد بالمذكور في« المختصر»)** ش: أي مختصر القدوري ، ذكر هذا احترازًا من ذوات الأمثال حتى إذا كانت الوديعة والعبد والدواب ليس للحاضر أن يأخذه بالإجماع .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: **(أنه)** ش: أي الحاضر م: **(طالبه)** ش: أي طالب المودع م: **(بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه)** ش: لأنه مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بغية الآخر م: **(كما في الدين المشترك)** ش: أي كما يطلب الحاضر في

وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف . ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ، ولأبي حنيفة -رحمه الله- أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها

الدين المشترك بأن باعا عبداً مشتركاً إذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون ، فكذا هذا م: (**وهذا**) ش: أي توضيح لما ذكره م: (**لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه**) ش: أي لأن الحاضر يطلب المودع بتسليم ما سلم إليه من الوديعة م: (**وهو النصف ، ولهذا كان له**) ش: أي للمودع م: (**أن يأخذه**) ش: أي أن يأخذ نصيبه الذي هو النصف م: (**فكذا يؤمر هو بالدفع إليه**) ش: أي كما أن له أن يأخذ ، فكذا يؤمر بالدفع إلى المالك الحاضر .

م: (**ولأبي حنيفة- رحمه الله- أنه طالبه**) ش: أي أن الحاضر طالب المودع م: (**بدفع نصيب الغائب ، لأنه يطالبه بالمفرز**) ش: أي المقسوم ، وليس له فيه حق م: (**وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين**) ش: أي حق الحاضر والغائب م: (**ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة**) ش: لأنه ليس بوكيل في ذلك م: (**ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع**) ش: حتى لو ملك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له أن يشاركه في المأخوذ بالإجماع ، فثبت أن القسمة ليست بنافذة .

م: (**بخلاف الدين المشترك ، لأنه يطالبه بتسليم حقه**) ش: أي حق المديون ، لأنه يسلم مال نفسه لا مال غيره م: (**لأن الديون تقضى بأمثالها**) ش: لا بأعيانها ، فدفعه نصيب الحاضر يصرف في ملك نفسه وليس فيه قسمة على الغائب ، أما المودع يدفع مال الغير . ألا ترى إذا غاب واحد وله عند آخر دين في الوديعة فجاء رجل وادعى الوكالة منه يقبض الدين والوديعة فصدقه أمر بتسليم الدين دون الوديعة وقد نظر صاحب « العناية » في صرف الشراح الضمير في قوله بتسليم حقه إلى المديون .

وقال : لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون ، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم ، أي بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما ، والقضاء إنما يقع بالمقاصة ، وفي نظره نظر ، لأن عبارة المصنف تشعر بأن الضمير يرجع إلى المديون على ما لا يخفى . وقوله : لأن الإنسان لا يؤمر إلى آخره ليس كذلك ؛ لأن المأمور هنا بالدفع ، وإنما هو إلى من يجب له عليه ذلك ، ولا كلام في عدم جواز الأمر بالدفع إلى من لا يجب عليه ذلك فافهم .

وقوله : له أن يأخذه ، قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع ، كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفعه إليه . قال : وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وكذلك الجواب عنده في المرتهنين

م: (**وقوله : له أن يأخذه**) ش: جواب عن قولهما : ولهذا كان له أن يأخذه ، والضمير في قوله يرجع إلى القائل المعهود في الذهن ، أي قول القائل نصرة لقولهما كذا وكذا م: (**قلنا : ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع**) ش: يعني ليس من ضرورة جواز الأخذ استلزام جبر المودع على الدفع ، لأن الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه م: (**كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه**) ش: أي على المودع بالكسر م: (**ألف لغيره فلغريمه**) ش: أي فلغريم المودع بالكسر م: (**أن يأخذه**) ش: أي الألف م: (**إذا ظفر به**) ش: إذا كان من جنس حقه .

قيل في تأويل قوله عليه السلام « **لصاحب الحق يد ولسان** »[1] : أن المراد أخذ حقه إذا ظفر به م: (**وليس للمودع أن يدفعه إليه**) ش: أي الغريم ، فدلت هذه المسألة على أن الجبر ليس من لوازم الجواز للانفكاك .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**وإن أودع رجل عند رجلين شيئًا مما يقسم**) ش: وهو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد ونحوها م: (**لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه ، فيحفظ كل واحد منهما نصفه**) ش: لأن المالك رضي بحفظها ، واجتماعهما على حفظ الكل متعذر فيؤمران بالقسمة ، لأن المالك قد رضي بها حيث علم بذلك ، والثابت دلالة كالثابت صريحًا . وإذا دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة – رحمه الله- .

م: (**وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله-**) ش: أي هذا التفصيل عند أبي حنيفة م: (**وكذلك الجواب عنده في المرتهنين**) ش: بأن رهن رجل عند رجلين ما يمكن قسمته فدفع أحدهما إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة – رحمه الله –

---

(١) ضعيف : أخرجه ابن عدي في الكامل (٦/ ٢٧٨) ، من طريق محمد بن معاوية ثنا بقية عن محمد بن زياد عن أبي عنبة الخولاني مرفوعًا .

وفيه محمد بن معاوية النيسابوري ، قال فيه النسائي : ليس بثقة ، متروك الحديث ، وقال البخاري : روى أحاديث لا يتابع عليها . وقال ابن عدي : وهو بيِّن الضعف.

والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر. وقالا : لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين . لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم . وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله ، لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل ، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض ، لأن مودع المودع عنده لا يضمن ، وهذا بخلاف ما لا يقسم ، لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال .

خلافًا لهما، ذكره في « المبسوط » م: (**والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر**) ش: بأن وكل رجل رجلين بشراء شيء؛ فدفع إليهما مالاً مما يقسم فدفعه إلى الآخر فضاع عنده ضمن النصف، وكذا المستصنعين والوصيين والعدلين في الرهن إذا سلم أحدهما إلى الآخر .

م: (**وقالا : لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين**) ش: يعني فيما يقسم وفيما لا يقسم م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أنه رضي بأمانتهما ، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه ، كما فيما لا يقسم**) ش: هما قاسا ما يقسم على ما لا يقسم ، والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على أمانتهما .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه**) ش: أي المالك م: (**رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله**) ش: أي بحفظ أحد المودعين كل المودع بالفتح م: (**لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل**) ش: فإذا سلم الكل إلى الآخر م: (**فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض، لأن مودع المودع عنده لا يضمن**) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - والدال فيهما مفتوحة م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم .

م: (**بخلاف ما لا يقسم ، لأنه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه**) ش: أي على المودع م: (**آناء الليل والنهار**) ش: أي ساعاتهما وهو جمع أنى على نون معى ، ويقال أنى وأنوه م: (**وأمكنهما المهايأة**) ش: وهي القسمة والتناوب م: (**كان المالك راضيًا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال**) ش: هذا ظاهر .

وقال في « المبسوط » : قول أبي حنيفة - رحمه الله - أقيس ، لأن رهناه بأمانة اثنين لا يكون رضًا بأمانة واحد ، فإذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضيًا بحفظ أحدهما للكل .

وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي « الجامع الصغير » : إذا نهاه المودع أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول ، لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مفيداً فيلغو . وإن كان له منه بد ضمن لأن الشرط مفيد ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وإن قال : احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز ،

م: (**وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن**) ش: لأن هذا الشرط لا يفيد فصار لغواً ، لأنه لم يكن له بد من التسليم إليها .

م: (**وفي « الجامع الصغير » : إذا نهاه المودع**) ش: بكسر الدال م: (**أن يدفعها إلى أحد من عياله، فدفعها إلى من لابد منه ؛ لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة ؛ فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئًا يحفظ في يد النساء ؛ فنهاه عن الدفع إلى امرأته**) ش: بعدم شرط الإفادة كما ذكرنا م: (**وهو محمل الأول**) ش: أي المذكور في الجامع الصغير ؛ محمل كما ذكره القدوري مطلقًا ، بأنه حتى لا يضمن إذا كان له منه بد ، فإن كانت الوديعة شيئًا حقيقيًا يمكنه استصحابه بنفسه ؛ كالخاتم ونحوه فدفعه إلى عياله ضمن م: (**لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مفيداً فيلغو**) ش: لأنه شرط تناقض أصله ، فكان باطلاً .

م: (**وإن كان له منه بد ضمن**) ش: أي وإن كان للمودع منه أي من عياله بد ، أي فراق بأن كان فيهم من لا يوثق بأمانته فنهاه رب المال عن الدفع إليه ضمن م: (**لأن الشرط مفيد ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال ، وقد أمكن العمل به**) ش: أي بتعين المودع عدم الدفع إلى من في عياله م: (**مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر**) ش: لأنه شرط مفيد ، وأمكن العمل به والشرط المفيد إنما يلغو إذا لم يمكن العمل به .

وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخاف فهلك ضمن . وإذا نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها فخالف لا يضمن ، لأن الأولى غير مقيد والثاني غير مقدور العمل .

م: (**وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز**) ش: غالبًا ، حتى لو تفاوتا ضمن .

وقالت الثلاثة : إن نقلها إلى بيت دونه يضمن ، ولو نهاه عن الحفظ في غير هذا البيت

وإن حفظها في دار أخرى ضمن ؛ لأن الدارين يتفاوتان في الحرز ، فكان مفيداً فيصح التقييد . ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صلح الشرط . قال : ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن للأول وليس له أن يضمن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : له أن يضمن أيهما شاء ، فإن ضمن الأول يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول . لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب ، وهذا

فعندهم يضمن في الحفظ في بيت آخر سواء كان مثله أو دونه لمخالفته أمر صاحبها ، وعندنا في الأمر ، وفي النهي لا يضمن إذا لم تتفاوت البينات م: **(وإن حفظهما في دار أخرى ضمن ، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان)** ش: أي الشرط م: **(مفيداً فيصح التقييد)** ش: لإمكان العمل به .

م: **(ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة)** ش: أي خللاً ظاهراً .

وكل أمر يتخوف منه فهو عورة، وكذلك كل أمر يستحق منه ومنه عورة الإنسان وعورات الجبال شقوقها ، ويقال عورة المكان إذا بدا منه موضع خلل، أو كذلك أعور الفارس ورجل أعور مختل العين م: **(صلح الشرط)** ش: لكونه مفيداً .

م: **(قال)** ش: أي في « الجامع الصغير» : م: **(ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها)** ش: أي المودع أودعها رجلاً م: **(آخر فهلكت فله)** ش: أي فللمالك م: **(أن يضمن للأول)** ش: أي المودع الأول م: **(وليس له أن يضمن الآخر)** ش: أي مودع المودع م: **(وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -)** ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية ، ثم المودع يضمن بالوديعة إلى غيره بلا خلاف عند أكثر الفقهاء، وعند ابن أبي ليلى لا يضمن . وفي « الذخيرة » : إنما يضمن المودع الأول بالإيداع إذا هلكت الوديعة بعد أن يفارق الأول الثاني . أما لو هلكت قبل المفارقة لا يضمن بمجرد الدفع إليه ، وإنما يضمن بالتضييع .

م: **(وقالا : له أن يضمن أيهما شاء)** ش: أي المودع أو مودع المودع ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - في رواية م: **(فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول)** ش: أي فإن ضمن المالك المودع الآخر رجع المودع الآخر على المودع الأول لأنه مغرور من جهة فإنه أودعه على أنه ملكه وأنه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده ، فإذا لحقه الضمان رجع عليه .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: **(أنه)** ش: أي أن المودع الثاني م: **(قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب)** ش: ومودع المشتري م: **(وهذا)** ش: توضيح

لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم ، والثاني بالقبض فيخير بينهما ، غير أنه إذا ضمن الأول لم يرجع على الثاني ، لأن ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه . وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ، وله أنه قبض المال من يد أمين ، لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما ، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك . وأما الثاني فمستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره . قال : ومن كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما ،

لوجه زمان الثاني م: (**لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ، فيكون الأول متعديًا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير**) ش: أي المالك م: (**بينهما**) ش: أي بين تضمين الأول وبين تضمين الثاني م: (**غير أنه إذا ضمن الأول لم يرجع**) ش: أي الأول م: (**على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له**) ش: في القبض والحفظ م: (**فيرجع عليه بما لحقه من العهدة**) ش: وهو الضمان .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أنه**) ش: أي أن المودع الثاني م: (**قبض المال من يد أمين لأنه**) ش: أي المودع الأول م: (**بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما**) ش: أي من المودع الأول والمودع الثاني ، ما داما مجتمعين م: (**فإذا فارقه**) ش: أي الأول الثاني م: (**فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك**) ش: أي بسبب تركه الحفظ الملتزم م: (**وأما الثاني**) ش: أي المودع الثاني م: (**فمستمر على الحالة الأولى**) ش: وهو القبض من أمين م: (**ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا ألقت في حجره ثوب غيره**) ش: فهلكت حيث لا يضمن ، لأنه لم يوجد منه صنع بخلاف مودع الغاصب ، لأن الأول بمجرد الدفع متعد وللثاني بالأخذ .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وما كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما**) ش: أي ادعى كل واحد منهما م: (**أنها**) ش: أي الألف م: (**له أودعها إياه وأبى**) ش: أي امتناع صاحب اليد م: (**أن يحلف لهما فالألف بينهما**) ش: .

وفي بعض النسخ فالألف لهما م: (**وعليه**) ش: أي على صاحب اليد م: (**ألف أخرى بينهما**) ش: أي بين المودعين . وصورة المسألة في « الجامع » : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها إياه فأبى أن يحلف لهما قال تكون هذه الألف بينهما ويغرم ألفًا أخرى فيكون بينهما نصفين انتهى .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح « الجامع الصغير » : وفي قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا يجب عليه إلا دفع الألف بعينها لأنه لم يأخذ إلا ألفًا واحدة فلا يجب على ألف أخرى .

وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين ، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ، ولو تشاحا أقرع بينهما تطيباً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل . ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني ، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعني للثاني يقضي له لوجود الحجة . وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء .

م: (**وشرح ذلك**) ش: أي الحكم المذكور م: (**أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث**) ش: وهو قوله عليه السلام : « **البينة على المدعي واليمين على من أنكر** »[1] م: (**ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين**) ش: لأن كل واحد منهما يدعي ألفًا م: (**وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية**) ش: لعدم المرجح م: (**ولو تشاحا**) ش: أي لو تنازعا في البداية بالحلف م: (**أقرع بينهما تطييبًا لقلبهما ونفيًا لتهمة الميل**) ش: أي ميل القاضي إلى أحدهما .

م: (**ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة**) ش: يعني من جهة المدعين م: (**وإن نكل أعني للثاني**) ش: يعني بعدما حلف للأول م: (**يقضي له**) ش: أي للثاني م: (**لوجود الحجة**) ش: وهي النكول م: (**وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول**) ش: يعني للأول ، لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما .

فحاصل المسألة على أربعة أوجه ، لأنه إما أن يحلف لكل منهما أو يحلف للأول منهما وينكل للثاني أو بالعكس ، أو ينكل لهما فإن حلف لهما لا شيء لهما . وإن حلف للأول ونكل للثاني فالأول له ببدله أو بإقراره ، وإن نكل للأول وحلف للثاني فالألف للأول ولا شيء للثاني ، وإن نكل لهما فالألف بينهما وعليه ألف آخر بينهما ، لأن نكوله أوجب لكل واحد منهما كل الألف ليس معه غيره .

م: (**بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء**) ش: بإنزاله مقرًا أو باذلاً ، فحين نكل الأول لم يثبت الحق له م: (**فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء**) ش: فإنه لا يقضي بالألف للأول أو الثاني أو لهما جميعًا ، لأنه حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ، ولو نكل للثاني أيضًا كان الألف

---

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفاً أخرى بينهما ، لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه. ولو قضى القاضي للأول حين نكل ، ذكر الإمام علي البزدوي -رحمه الله- في شرح « الجامع الصغير » أنه يحلف للثاني ، وإذا نكل يقضي بها بينهما لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني ، لأنه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة ، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف - رحمه الله - أنه ينفذ قضاؤه للأول ووضع المسألة في العبد ، وإنما نفذ

بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه ، وهذا بخلاف الإقرار لأحدهما فإنه يقضي بالألف للمقر له لأنه حجة موجبة بنفسه فلا يتوقف على القضاء .

م: (ولو نكل للثاني أيضًا يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكره في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة و يغرم ألفًا أخرى بينهما ، لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله) ش: أي لأن المودع المنكر أوجب الحق لهما ببذله عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأن النكول بذل عنده م: (أو بإقراره) ش: أي عندهما ، لأن النكول إقرار عندهما م: (وذلك) ش: أي الإقرار أو البذل م: (حجة في حقه) ش: أي في حق المودع المنكر م: (وبالصرف إليهما) ش: أي يصرف المودع الألف إلى المدعيين م: (صار قاضيًا نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه) ش: أي فيغرم الألف الذي صرف إليهما فيصير ألفان م: (ولو قضى القاضي للأول حين نكل) ش: مع أنه ليس له ذلك .

م: (ذكر الإمام علي البزدوي - رحمه الله - في شرح « الجامع الصغير »أنه يحلف للثاني) ش: أراد أنه لا ينفذ قضاؤه فيحلف الثاني م: (وإذا نكل يقضي بها بينهما) ش: بالألف ويغرم ألف أخرى بينهما م: (لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثاني لأنه) ش: أي لأن القاضي م: (يقدمه) ش: أي يقدم الأول للحلف م: (إما بنفسه) ش: أراد باختياره لا لدليل أوجب ذلك م: (أو بالقرعة) ش: لتعذر الجمع بينهما م: (وكل ذلك) ش: أي من تقديمه الأول باختياره أو بالقرعة م: (لا يبطل حق الثاني) ش: لأنه فعل ما ليس له فعله ، ثم إن الإمام علي البزدوي لم يذكر أنه إذا حلف للثاني ماذا حكمه وذكره أبو الليث في شرح « الجامع الصغير » ، فإن حلف يقضي بنكوله للأول، وإن نكل له أيضًا يقضي بنكوله لهما .

م: (وذكر الخصاف - رحمه الله - أنه ينفذ قضاؤه للأول) ش: يعني يكون كل الألف له ولا يكون بينهما م: (ووضع) ش: أي الخصاف - رحمه الله - م: (المسألة في العبد) ش: بأن كان في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد أنه له وأودعه إياه م: (وإنما نفذ) ش: أي قضاء القاضي الأول م:

لمصادفته محل الاجتهاد ، ولأن من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دلالة ، ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي ، لأن نكوله لا يفيد بعدما صار للأول ، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه ، قال : ينبغي أن يحلفه عند محمد - رحمه الله- خلافاً لأبي يوسف -رحمه الله- بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمنه عند محمد -رحمه الله- خلافاً له وهذه فُرَيعة تلك المسألة ،

(**لمصادفته محل الاجتهاد ، ولأن من العلماء من قال يقضي للأول**) ش: أي بالنكول م: (**ولا ينتظر**) ش: أي القاضي م: (**لكونه**) ش: أي لكون النكول م: (**إقرار دلالةً**) ش: لأن امتناعه عن اليمين يدل على الإقرار م: (**ثم لا يحلف للثاني**) ش: أي للمدعي الثاني م: (**ما هذا العبد لي**) ش: يعني لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد لي ، بل يضم إليه ولا قيمته م: (**لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار للأول**) ش: أراد أنه لما أقر به للأول وثبت به حق الأول فلا يفيد إقراره به للثاني ، لأنه لا يمكنه دفعه إلى الثاني بعد ذلك م: (**وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال**) ش: أي الخصاف : م: (**ينبغي أن يحلفه**) ش: على هذا الوجه م: (**عند محمد - رحمه الله- خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله - بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة**) ش: لإنسان م: (**ودفع بالقضاء إلى غيره**) ش: أي غير المقر له م: (**يضمنه عند محمد - رحمه الله -**) ش: أي يضمن ما أقر من الوديعة لأنه أقر بالتزام الحفظ ، فمتى أقر به الإنسان فقد سلطه على الأخذ فصار تاركًا للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن ، كما لو دل على فاعل السرقة .

م: (**خلافًا له**) ش: أي لأبي يوسف ، لأن بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء ، وإنما الفوت بالدفع بإكراه القاضي فلا يكون موجبًا للضمان ، وهذا الخلاف كما علمت فيما إذا كان الدفع بالقضاء ، وأما إذا كان بلا قضاء بأن أقر بالوديعة لإنسان ثم قال : أخطأت ، بل هي هذا ، كان عليه أن يدفعها إلى الأول ، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لأنه صار مستهلكًا على الثاني لإقراره بها للأول ، فيضمن قيمتها ، وهذا بالاتفاق .

فإن قلت : ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية ؟ .

قلت: لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد - رحمه الله - ، وكذا بالنكول فيأتي التحليف . وعند أبي يوسف : لا يضمن ثمة بالإقرار وكذا هنا بالنكول فلا فائدة في التحليف .

م: (**وهذه**) ش: أي هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع الثاني بعد قضائه للأول ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته م: (**فريعة تلك المسألة**) ش: يعني المسألة التي اختلف أبو

وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم .

يوسف ومحمد - رحمهما الله - فيها في الضمان وعدمه ، وإنما قال بالتصغير إشارة إلى اختصار تلك المسألة وكثرة فروع المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - ، وأشار إلى ذلك بقوله ؛ م: (**وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم**) ش: أي التطويل ، يعني دفع الإطناب في الأصل في باب إقرار الرجل بالمال ، وكان ينبغي أن يقول فيها لأن مسألة مؤنث ، ولكن التذكير إما باعتبار المذكور وإما تسامحًا ، فإن الفقهاء يتسامحون في العبارات .

ومن جملة تفريعات تلك المسألة ما لو قال المودع أودعتها أحدكما ولا أدري أيكما ، فالمدعيان إذا اصطلحا على أخذها فلهما ذلك ، والألف بينهما وليس للمودع الامتناع عن تسليم الألف إليهما ، وإن لم يصطلحا ويدعي كل أن الألف له فإنه يحلف لكل واحد .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يكفي يمين واحدة ثم إن حلف لهما قطع دعواهما في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد لهما أن يصطلحا بهذا الاستحلاف على أخذ الألف بينهما ، ولو نكل قضى بألف بينهما وضمن ألفًا أخرى بينهما .

وعند الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : لا يضمن ألفًا أخرى ، بل يقرع بينهما عند أحمد أو يصطلحا عند الشافعي - رحمه الله - ، وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى بألف للذي نكل ولا يبيع للذي حلفه ، وكذا لو قال : علي ألف هذا ، أو هذا ، أو كل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه والله أعلم .

* * *

كتاب العارية

قال : العارية جائزة ؛ لأنه نوع إحسان قال : وقد استعار النبي -عليه الصلاة والسلام- دروعاً من صفوان

م: (كتاب العارية)

ش: وجه المناسبة بين الكتابين أن كلاً منهما أمانة، ويجوز في بابها التخفيف، والتشديد أفصح . قال في « المغرب » : هي نسبة إلى العارة اسم من الإعارة. وقال الجوهري : كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب والعمارة مثل العارية، وقد خطأه على هذا، لأنه ﷺ باشرها على ما يجيء عن قريب، وقيل: هي مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه جعل للمعير نوبة في الانتفاع في ملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد أي شيء شاء .

ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضًا، لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة، وإنما تعود النوبة إليه في مثلها، وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به .

م: (**قال : العارية جائزة ؛ لأنه نوع إحسان**) ش: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ فيكون جائزًا خلافًا لقوم في أنها واجبة.

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وقد استعار النبي - عليه الصلاة والسلام دروعًا من صفوان**)

ش: أخرج أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه صفوان ابن أمية أن النبي ﷺ استعار منه درعًا يوم حنين ، فقال: أغصب يا محمد، قال: «**بل عارية مضمونة** »[1] .

---

(١) حسن : رواه أبو داود (٣٥٦٢) ، والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٧) ، من طريق شريك عن عبدالعزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه مرفوعًا .

وإسناده ضعيف : فيه شريك القاضي وهو ضعيف ، وأمية بن صفوان مقبول كما قال الحافظ .

وأخرجه الحاكم من طريق خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس . وقال : صحيح على شرط مسلم وأخرجه الدارقطني (٣/ ٣٩) ، والبيهقي (٦/ ٨٨) من طريق إسحاق بن عبد الواحد ثنا خالد بن عبد الله عن خالد الحذاء . وإسناده منكر فيه إسحاق بن عبد الواحد وهو متروك .

وأخرجه أبو داود (٢٥٦٣) من طريق جرير عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفوان مرفوعًا. وأخرجه الدارقطني أيضًا من طريق قيس بن الربيع عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن عبد الرحمن بن صفوان بن أمية مرفوعًا .

وهي تمليك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي -رحمه الله- يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير ، لأنها تنعقد بلفظة الإباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التمليك ، وكذلك يعمل فيها النهي

ورواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرك وسكت عنه وقال : له شاهد صحيح ، ثم أخرجه عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعًا وسلاحًا في غزوة خيبر ، فقال: يا رسول الله ﷺ ، أو استعار من صفوان بن أمية أدرعًا وسلاحًا في غزوة حنين ، فقال: يا رسول ﷺ أعارية مؤداة ، قال : « **نعم عارية مؤداة** » ، وقال : حديث صحيح على شرط مسلم . وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي عن إسحاق بن عبد الله حدثنا خالد بن عبدالله الحذاء به .

فإن قلت: في الروايتين إشكال ، لأن في أحدهما قال : بل عارية مضمونة ، وفي الأخرى قال عارية مؤداة .

قلت: قال صاحب التنقيح : هذا دليل على أن العارية منقسمة إلى مؤداة ومضمونة ، قال : ويرجع ذلك إلى المعير ، فإن شرط الضمان كانت مضمونة وإلا فهي أمانة ، قال : وهو مذهب .

وعنه أنها مضمونة بكل حال . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يضمن إلا إذا فرط فيها ، وسيجيء تحرير الكلام فيه عن قريب إن شاء الله تعالى . ومقصود المصنف بهذا ها هنا إثبات جواز العارية فقط ، وأما بيان حكمها في الضمان وعدمه فسيقوله عن قريب .

م: (**وهي تمليك المنافع**) ش: جنس يتناول الإجارة وغيرها ، وقوله م: (**بغير عوض**) ش: يخرجها م: (**وكان الكرخي - رحمه الله - يقول : هي إباحة الانتفاع بملك الغير**) ش: ذكر الضمير مع كون العارية مؤنثة إما باعتبار المذكور ، وإما باعتبار أن العارية في الأصل إما مصدر كالعاقبة والكاذبة أو اسم للمصدر ، وكل منهما يستوي فيه التذكير والتأنيث بقوله قال الشافعي وأحمد-رحمهما الله - ، واستدل الكرخي على ذلك بأربعة أوجه :

الأول : هو قوله م: (**لأنها تنعقد بلفظة الإباحة**) ش: فإن قال المعير : أبحت لك هذا الثوب مثلاً يكون عارية ، والتمليك لا ينعقد بلفظة الإباحة .

الثاني : هو قوله م: (**ولا يشترط فيها ضرب المدة، ومع الجهالة لا يصح التمليك ، وكذلك يعمل فيها النهي**) ش: أي لا يشترط في العارية بيان المدة والتمليك يقضي أن تكون المنافع معلومة ، لأن تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم بضرب المدة وهو ليس بشرط في العارية ، فكان تمليكًا للمجهول .

ولا يملك الإجارة من غيره . ونحن نقول : إنه ينبيء عن التمليك، فإن العارية من العرية وهي العطية ، ولهذا تنعقد بلفظة التمليك

الثالث : تمليكًا لما ملكه كالأجير لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع .

الرابع : هو قوله م: (**ولا يملك الإجارة من غيره**) ش: أي لا يملك المستعير إجارة ما استعاره، ولو كان تمليكًا جاز له ذلك، كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره لتملكه المنافع .

م: (**ونحن نقول إنه**) ش: أي انعقاد العارية ، أو يكون وجه التذكير من الضمير ما ذكرنا الآن م: (**ينبيء عن التمليك ، فإن العارية من العرية وهي العطية**) ش: فإذا كانت العارية عطية يكون تمليكًا م: (**ولهذا تنعقد بلفظة التمليك**) ش: مثل أن يقول : ملكتك منافع هذه الدار شهرًا ، أو جعلت لك سكنى داري هذا شهرًا ، ذكره في « المبسوط » .

وإذا انعقدت بلفظة التمليك يكون تمليكًا . وفي قوله : فإن العارية من العرية مناقشة لأنه أراد أنها مشتقة من العرية كما قال الأترازي وليس كذلك ، فإن العارية أجوف واوي، ولهذا ذكره أهل اللغة في باب عور ، والعرية ناقص وصرف العلة في لامه فلذلك ذكره أهل اللغة في باب عور، والاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسبًا في اللفظ والمعنى والمراد من التناسب أن يكون في الحروف والترتيب كضرب ، فإنه مشتق من الضرب والاشتقاق بين عور وعرو .

فإن قلت : هذا الذي ذكرته في الاشتقاق الصغير، وأما الاشتقاق الكبير فلا يشترط فيه إلا التناسب في اللفظ دون الترتيب كجبذ من الجذب .

قلت: المراد من الاشتقاق حيث أطلق هو الصغير ، ولئن سلمنا أن بينهما تناسبًا في اللفظ ، ولكن لا نسلم أن بينهما اشتقاقًا كبيرًا أيضًا لعدم المناسبة في المعنى، فإن مادة العارية تدل على التناوب أو التداول ، ومادة العارية تدل على الإلهام والإتيان ، يقال: عروت عروًا إذا ألهمت به وأتيته طالبًا فهو معرور، فلأن تعروه الأضياف، وتعتريه أي تغشاه ، وإن أراد أن معنى العارية مأخوذ من معنى العرية فليس كذلك لما نبين لك من اختلاف المعاني في أصل المادة ، لأن العرية هي النخلة يجعل صاحبها ثمرها عامًا لرجل محتاج فيعودها المحتاج أي يأتيها، وهذا معنى العطية .

وتفسير المصنف إياها بقوله : وهي العطية ليس تفسيرًا بحسب اللغة، ولكن لما كان فيها الأخذ والعطاء أطلق عليها العطية وهي فعيلة بمعنى مفعولة، وإنما أدخلت فيها الهاء ، لأنها أفردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والأكيلة ، ألا ترى أنك إذا أضفت لها النخلة تقول له : نخلة عري فلا يحتاج إلى الهاء، لأن الفعيل إذا كان بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر

والمنافع قابلة للملك كالأعيان . والتمليك نوعان بعوض وبغيرعوض ، ثم الأعيان تقبل النوعين ، فكذلك المنافع ، والجامع بينهما دفع الحاجة ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك ، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم ، فلا تكون ضائرة ،

والمؤنث ، والمذكر أصل وأولى . وإن أراد أن حكم العارية كحكم العرية فليس كذلك ، لأن المعير له أن يرجع في العارية متى شاء والعري ليس له ذلك .

م: (**والمنافع قابلة للملك كالأعيان**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : المنافع أعراض لا ينتفي فلا تقبل التمليك ، فأجاب به ثم بنى على ذلك قوله م: (**والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض**) ش: وهذا لا نزاع فيه م: (**ثم الأعيان تقبل النوعين**) ش: أي تمليك العين بعوض كالبيع وتمليكها بغير عوض كالهبة والصدقة م: (**فكذلك المنافع**) ش: تقبل النوعين بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالعارية م: (**والجامع بينهما دفع الحاجة**) ش: أي الجامع بين الأعيان والمنافع دفع حاجة الناس إلى نوع التمليك ، فكما أنهم محتاجون إلى نوع التمليك في الأعيان ، فكذلك محتاجون إلى ذلك في المنافع .

وما قيل : إن هذا استدلال في التعريفات وهي لا تقبله ، لأن المعرف إذا عرف شيئًا بالجامع والمنافع فإن سلم من النقض فذلك ، وإن نقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض إن أمكن ، وأما الاستدلال فلأنه يكون في التصديقات وأيضًا فإن هذا قياس في الموضوعات وهو غير صحيح ، لأن من شرط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره . ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعي ، وموضعه أصول الفقه . وأيضًا من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديًا إلى فرع نظيره ، والمنافع ليست نظير الأعيان ، فجوابه أن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي ، فإن كان لفظيًا فما ذكر فلبيان المناسبة لا للاستدلال على ذلك وإن كان رسميًا فما ذكر بيان بخواص يعرف بها المعار ، ولكن لو عرف العارية بأنها عقد على المنافع بغير عوض وجعل المذكور في الكتاب حكمها يسلم من الشكوك .

م: (**ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك**) ش: هذا جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة ، ووجه ذلك أنه مجاز م: (**كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك**) ش: أي والحال أنها تمليك م: (**والجهالة لا تفضي إلى المنازعة**) ش: هذا جواب عن قوله : ومع الجهالة لا يصح التمليك ، ووجهه أن الجهالة المانعة هي المفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك م: (**لعدم اللزوم**) ش: لأن المعير له أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة م: (**فلا تكون**) ش: أي الجهالة م: (**ضائرة**) ش: يعني مفضية إلى النزاع ، بخلاف الإجارة لأنها عقد معاوضة وتعلقت صفة اللزوم بها فتفضي الجهالة فيها إلى النزاع .

ولأن الملك إنما يثبت بالقبض وهو الانتفاع ، وعند ذلك لا جهالة ، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ، ولا يملك الإجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره إن شاء الله تعالى . قال :وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه ، وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه ، ومنحتك هذا الثوب ، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة

م: (**ولأن الملك إنما يثبت بالقبض**) ش: هذا وجه آخر ، أي الملك في العارية يثبت بقبضها م: (**وهو الانتفاع ، وعند ذلك**) ش: أي عند القبض م: (**لا جهالة**) ش: لأن عند القبض معلوم، فالجهالة قبله لا تفضي إلى المنازعة ، وهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الإجارة لا يشترط فيها ضرب المدة كما في المصبغ والخياطة م: (**والنهي منع عن التحصيل**) ش: هذا جواب عن قوله ، وكذلك يعمل فيه النهي .

ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك من حيث إنه بالنهي يمنع المستعير بحق التملك م: (**فلا يتحصل المنافع على ملكه**) ش: لكونه دليل الرجوع والاسترداد لإبطال الملك بعد ثبوته .

م: (**ولا يملك بالإجارة**) ش: جواب عن قوله : فلا يملك الإجارة من غيره، يعني إنما لا يملك الإجارة م: (**لدفع زيادة الضرر**) ش: أي بالمعير ، لأنه ملكها على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء ، فلو صحت الإجارة منه لم يتمكن من الاسترداد م: (**على ما نذكره إن شاء الله تعالى**) ش: أراد به عند قوله : وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وتصح بقوله : أعرتك لأنه صريح فيه**) ش: أي حقيقة في عقد العارية م: (**وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه**) ش: أراد أنه مجاز في تمليك المنفعة ، لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وإن أضيف إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يراد به أكل غلتها إطلاقًا لاسم المحل على الحال .

قيل : في عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله : مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف ، والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذًا بين العبارتين.

وأجيب بأن : كليهما صريح لكن أحدهما حقيقة ، والآخر مجازًا ، فأشار إلى الثاني بقوله : مستعمل ، أي مجازًا ليعلم أن الآخر حقيقة .

م: (**ومنحتك هذا الثوب**) ش: أي أعطيتك ، لأن منح معناه أعطى ، ومنه المنحة : وهي الناقة أو الشاة يعطيها الرجل الرجل ليشرب لبنها ثم يردها إذا ذهب درها، ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئًا منح م: (**وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة**) ش: أي بقوله : هذا أعني حملتك على هذه الدابة ، وقوله : منحتك هذا الثوب .

لأنهما لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزاً . قال : وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه ، وداري لك سكنى لأن معناه سكناها لك ، وداري لك عمري سكنى لأنه جعل سكناها له مدة عمره . وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره

قال الشيخ حافظ الدين : كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بهما بدليل التعليل، ثم أجاب بأن الضمير يرجع إلى المذكور . قلت: المذكور شيئان : أحدهما : قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة م: (**لأنهما**) ش: أي لأن قوله منحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة م: (**لتمليك العين**) ش: يعني حقيقة م: (**وعند عدم إرادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزاً**) ش: أي مجازاً من حيث العرف العام .

واستشكل حافظ الدين هنا أيضًا من وجهين :

الأول : أنه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ، ومجازاً لتمليك المنفعة ، ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة . وعلل بأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، وهذا تناقض ظاهر .

والثاني : أنهما لما كان التمليك حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية عندهم فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة .

وتحدى الأترازي بالجواب بقوله : نعم ، إن لفظ حملتك لا يدل على الإركاب لغة، ولكن يدل على التمليك عرفًا، يقال : حمل الأمير فلانًا ، ويراد التمليك ويستعمل للعارية أيضًا، قال تعالى : ﴿**إذا ما أتوك لتحملهم**﴾ أي لتركبهم ، فإذا نوى العارية أو الهبة كان كما نوى، وإن لم ينو شيئًا كان عارية لإنباء المتيقن بها .

قلت: هذا جواب عن الاستشكال الثاني على أنه يدل على أن المصنف - رحمه الله - مال إلى النية لما فقدت يحمل اللفظ على أولى الاحتمالين وهو تمليك المنفعة، وهذا خلاف قاعدة الأصول .

م: (**قال : وأخدمتك هذا العبد ،لأنه أذن له في استخدامه**) ش: وذلك يكون عارية م: (**وداري لك سكنى، لأن معناه سكناها لك**) ش: فإذا كان معناه هذا يكون عارية ، م: (**وداري لك عمري سكنى ، لأنه جعل سكناها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى . تفسيراً لقوله : لك**) ش: لأنه منصوب على التمييز من قوله لك م: (**لأنه**) ش: أي لأن قوله : لك م: (**يحتمل تمليك المنافع**) ش: كما يحتمل تمليك العين ، فإذا ميزه تيقنت المنفعة م: (**فحمل عليه**) ش: أي على تمليك المنافع م: (**بدلالة آخره**) ش: أي آخر الكلام، وهذا حمل المحتمل على المحكم، لأنه سكنى في العارية .

قال : وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه الصلاة والسلام : «المنحة مردودة والعارية مؤداة »

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء) ش: فسواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة . وقال مالك : لا يجوز الرجوع في الموقتة قبل مضي الوقت فيكون حكمها عنده كالإجارة . وفي « الجواهر » : إذا قال : أعني بغلامك أو ثورك في حرثي يومًا أو يومين فليس بعارية، بل يرجع إلى حكم الإجارة ، وكل ما كان من هذا القبيل فحكمه حكم الإجارة في الصحة والفساد .

م: (لقوله عليه الصلاة والسلام : « المنحة مردودة والعارية مؤداة »)[1] ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود عن إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » إلى أن قال : «العارية مؤداة ، والمنحة مردودة » . وقال الترمذي : حديث حسن .

وأخرجه ابن حبان في صحيحه عن الجراح بن مليح البهراني أخبرنا حاتم بن حريث الطائي سمعت أبا أمامة يقول : قال رسول الله ﷺ : « العارية مؤداة والمنحة مردودة » .

وأخرجه الطبراني في معجمه ، وروى هذا الحديث أيضًا من الصحابة عبد الله ابن عمر ، وعبد الله بن عباس ، وأنس - رضي الله عنهم - .

أما حديث عبد الله بن عمر ، فأخرجه البزار في « مسنده » : حدثنا عبد الله بن عمر عن زيد ابن أسلم عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « العارية مؤداة » .

وأما حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - فأخرجه ابن عدي في « الكامل» عن إسماعيل ابن أبي زياد السكوني قاضي الموصل أخبرنا سفيان الثوري عن سالم الأفطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « الزعيم غارم ، والدين مقضي، والعارية مؤداة ، والمنحة مردودة » وأعله بإسماعيل هذا . وقال : إنه منكر الحديث وعامة ما يرويه لا يتابع عليه .

وأما حديث أنس فأخرجه الطبراني في « مسند الشاميين » وقد ذكرناه في الكفالة .

قوله : المنحة بكسر الميم وسكون النون، وقد فسرناها عن قريب . قوله : مردودة أي يجب ردها . وجه الاستدلال به ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة وفيه

---

(١) صحيح : رواه أبو داود (٣٥٦٥) ، والترمذي في البيوع - باب ما جاء في أن العارية مؤداة من طريق إسماعيل ابن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة . وإسناده صحيح .
ورواه ابن عدي في الكامل (١/ ٢٩٣ ، ٢٩٤) وأعله بإسماعيل بن زياد السكوني ، فإنه قال فيه : منكر الحديث .

لأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه . قال : والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن

زيادة مبالغة في أن العارية مستحق الرد .

م: **(لأن المنافع تملك شيئًا فشيئًا على حسب حدوثها ، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض)** ش: لأن المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض م: **(فيصح الرجوع عنه)** ش: أي عن ماله الموجود ، لأن التمليك لا يكون إلا في الموجود .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن)** ش: وفي بعض النسخ : لم يضمنها . وقيد بقوله : من غير تعد لأن هلاكها بالتعدي يوجب الضمان بلا خلاف . ولو شرط الضمان في الدابة هل يصح ؟ فالمشايخ مختلفون فيه ، كذا في التحفة ، وقال في خلاصة الفتاوى : رجل قال لآخر : أعرني ثوبك ، فإن ضاع فأنا ضامن له ، قال : لا يضمن ، ونقله عن المنتقى .

وقال الكاكي -رحمه الله- : وبقولنا قال مالك . قلت: في مذهبه تفصيل، حيث قال : يضمن فيما يخلى هلاكه ، ولا يضمن فيما لا يخلى .

وفي « الجواهر »: العارية نوعان : نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان ، فهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم يظهر كذبه ، وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله .

والنوع الثاني : يخفى هلاكه ، ويعاب عليه ، وهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاك ما لم تقم بينة له .

فإن قامت فلا ضمان عليه فيه ، وكذلك ما علم أنه مغير سببه كالسوس في الثوب صدقة فيه في كتاب محمد - رحمه الله - مع يمينه أنه ما أضاعه ولا أراد فسادًا ، فقال أبو إسحاق : وكذلك الفأر على هذا يقرض الثوب، ووافق أشهب وعبد الحكم في النوع الأول، وخالفا في الثاني فرأيا أنه مضمون على المستعير على كل تقدير قامت بينة بهلاكه أم لا .

وقال القاضي أبو محمد : والصحيح أنه لا يضمن . قال الكاكي - رحمه الله - أيضًا : وهو قول علي - رضي الله عنه - يعني عدم الضمان قول علي وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري ، وعمر بن عبد العزيز وشريح والأوزاعي وابن أبي شبرمة وإبراهيم، وقضى شريح بذلك ثمانين سنة بالكوفة .

وحدث الكرخي في « مختصره » عن الرمادي عن عبد الرزاق عن إسرائيل عن عبد الأعلى عن محمد بن الحنفية أن عليًا -رضي الله عنه - قال : لا يضمن العارية ، إنما هو المعروف إلا أن

وقال الشافعي -رحمه الله-: يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه، والإذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه، ولهذا كان واجب الرد ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء

تحالف ، وحدث أيضًا بإسناده إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال : العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها ، إلا أن يتعدى .

م: (**وقال الشافعي- رحمه الله- : يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه**) ش: احترز به عن الوديعة ، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه م: (**لا عن استحقاق**) ش: أي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقصد الآخر بدون رضاه ، واحترز به عن المستأجر فإنه يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه م: (**فيضمنه**) ش: أي إذا كان كذلك يضمن العارية ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور م: (**والإذن ثبت ضرورة الانتفاع**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : قبض بإذنه ، ومثله لا يوجب الضمان .

وتحرير الجواب : أن الإذن يثبت ضرورة الانتفاع ، والثابت بالضرورة يقدر بقدرها ، والضرورة حالة الاستعمال .

فإن هلكت فيها فلا ضمان ، وإن هلكت في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة، وهو معنى قوله: م: (**فلا يظهر فيما وراءه**) ش: أي فلا يظهر الإذن فيما وراء الضرورة ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الإذن ضروريًا م: (**كان واجب الرد**) ش: أراد أن مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب م: (**وصار كالمقبوض على سوم الشراء**) ش: فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن ، فكذا هذا، وبقوله قال أحمد وهو قول ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وإسحاق .

وقال قتادة وعبد الله بن الحسن العنبري : إن شرط ضمانها ضمن وإلا فلا ، وقال ربيعة : كل العواري مضمونة ، وفي الروضة : إذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله بتقصير أم بلا تقصير، هذا هو المشهور . وحكي قول أنها لا تضمن إلا بالتعدي وهو ضعيف ، ولو أعار بشرط أن يكون أمانة بقي الشرط وكانت مضمونة .

وفي « حاوي » الحنابلة : إن شرط بقي ضمانها سقط الضمان ، وإن تلف حروها باستعماله كحمل مشقة لم يضمن في أصح الوجهين وإن أركب منقطعًا دابته للثواب فتلفت لم يضمن .

ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان ، لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها والقبض لم يقع تعدياً لكونه مـأذوناً فيه ، والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فـهو ما قبضـه إلا للانتفاع فلم يقع تعدياً ، وإنما وجب الرد مؤنة كنفـقة المستعار ، فإنـها على المستعير،لا لنقض القـبض، والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد ، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه

م: (**ولنا أن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان**) ش: لأن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له ، أما العقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان م: (**لأنه لتمليك المنافع بغير عـوض أو لإباحتها**) ش: أي أو لإباحـة المنافع على اختـلاف القولين ومـا وضع لتملك المنافع أو باجتـهاد ولإباحـتـها لا يتعرض ملك الغير حتى يوجب الضمـان عند هلاكه م: (**والقبض لم يقع تعديًا لكونه مـأذونًا فيه**) ش: وإنما يوجب القبض الضمـان إذا وقع تعديًا م: (**والإذن وإن ثبت لأجل الانتـفـاع**) ش: هذا جـواب عن قـوله : والإذن يثبت ضـرورة الانتـفـاع ، وتقـريره القـول بالموجب يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضـرورة الانتفاع م: (**فهو ما قبضه إلا للانتفاع ، فلم يقع تعديًا**) ش: فلا ضمان بدونه .

م: (**وإنما وجب الرد مـؤنة**) ش: هذا جـواب عن قـوله : وهذا كـان واجب الرد ، تقـريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضـمـون ، لأنه واجب لمؤنة القبض الحـاصل للمستـعير م: (**كنفقة المستعار ، فإنها على المستعير لا لنقض القبض**) ش: ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان ، بخلاف الغصب ، فإن الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن ، فإذا لم يوجب الرد وجب الضمان .

م: (**والمقبوض على سوم الشراء مضمون**) ش: هذا جواب عن قوله : وصار على المقبوض على سوم الشـراء، تقريره أنه ليس بمضـمـون بالـقبض بل بالعـقـد ، وهو معنى قوله م: (**بالعقد، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد**) ش: فصار كالمأخوذ بالعقد، وهو يوجب الضمان .

فإن قيل : سلمنا أن الأخذ في العقد ، ولكن لا عقد ها هنا .

أجيب : بأن العقد وإن كـان مـعدومًا حقيقة جعل موجـودًا تقريرًا صيانة لأموال الناس عن الضياع، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانًا ، وأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة إليه ، فأقيم مقام الحقيقة نظرًا له ، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلاً كاملاً ، وإنما يصار إلى الثمن عند وجوب العقد حقيقة ، وإذا لم يوجد صير إلى الأصل .

م: (**على ما عـرف في موضـعه**) ش: قـيل : يريد به نسخ طريقـة الخلاف ، وقيل : كتـاب الإجارات من « المبسوط » . وقال الحاكم في « كافيه » : رجل استعار من رجل سلاحًا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرهن فحينئذ انكسر ، قال : لا ضمان عليه لأنه هلك

....

من عمل مأذون فيه . وفي « فتاوى الولوالجي » : رجل دخل الحمام واستعمل قضاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه ، وكذا إذا كور الفقاع ليشرب سقط وانكسر لا ضمان عليه ، لأنه عارية في يده .

فإن قلت : ما تقول في قوله ﷺ : « **بل عارية مضمونة** » وقد مر في أول الكتاب بتمامه ، وقوله ﷺ : « **أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك** » . أخرجه الترمذي عن شريك وقيس ابن الربيع عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة - رضي الله عنه -[1] أنه ﷺ قال : . . . الحديث ، وقوله ﷺ : « **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** »[2] أخرجه البيهقي من حديث قتادة عن الحسن عن سمرة عنه ﷺ قال : ثم إن الحسن نسي حديثه ، فقال : هو أمينك فلا ضمان عليه .

قلت : الحديث الأول فيه اضطراب سنداً ومتناً ، وجميع وجوهه لا تخلو عن نظر ، ولهذا قال صاحب « التتمة » : الاضطراب فيه كثير ولا حجة فيه عندي في تضمين العارية ، ثم على تقدير صحة قوله : مضمونة المراد عليك بدليل قوله : حتى يؤديها إليك ، ويحتمل أن يريد اشتراط الضمان والعارية يشترط الضمان مضمونة في رواية للحنفية .

وأخرج النسائي عن يعلى بن أمية قال : قال رسول الله ﷺ : « **إذا أتتك رسلي فأعظم ثلاثين درعًا وثلاثين مغفراً** » .

فإن قلت : يا رسول الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال : بل عارية مضمونة . قال ابن حزم : حديث حسن ليس في شيء مما روي في العارية خبر صحيح غيره ، وأما ما سواه فليس بمساوي الاشتغال به ، وقد فرق بين الضمان والأداء ، وقيل : إنما قال ﷺ : « **بل عارية مضمونة** » لأنه عليه السلام أخذ دروع صفوان بغير رضاه بدليل قوله : أغصبًا ، إلا أنه عليه السلام كان محتاجًا إلى السلاح ، فكان الأخذ له حلالاً ، ولكن يشترط الضمان كتناول مال الغير في حالة المخمصة بشرط الضمان .

وقال الأترازي : وقيل : كان هذا اشتراط الضمان على نفسه ، وبه أخذ قتادة ، وعندنا

(١) حسن : رواه (٣/ ٢٩٠) من طريق حميد الطويل عن يوسف بن ماهك المكي عن رجل عن أبيه أنه سمع النبي ﷺ . . . فذكره ، وأخرجه أيضًا من طريق شريك وقيس بن الربيع عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة . . . مرفوعًا . ومن الطريق الأولى أخرجه أحمد (٣/ ٤١٤) ، وشريك وقيس ضعيفان ولعل متابعة كل منهما للآخر تصلح من حفظهما .

(٢) ضعيف : من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة .

قال : وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب ضمن لأن الإعارة دون الإجارة ، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ،

المستعير لا يضمن بالشرط أيضًا، ولكن صفوان كان يومئذ حربيًا ، ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط مالا يجوز بين المسلمين ، وقد تقدم الآن أن العارية بشرط الضمان مضمونة في رواية ، وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» عن عمر عن بعض أصحاب أبي صفوان عن صفوان أن النبي ﷺ استعار منه عاريتين : إحداهما بضمان ، والأخرى بغير ضمان .

والحديث الثاني : قال ابن القطان : المانع من تصحيحه أن شريكًا وقيس بن الربيع مختلف فيهما، ولم يحكم الترمذي أيضًا بصحته ، ولئن سلمنا أنه صحيح فهو يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه .

والحديث الثالث : رواه الحسن عن سمرة والحسن لم يسمع منه ، وقيل: لم يسمع منه غير حديث العقيقة ، وأكثر أهل العلم رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة ، وأيضًا الأداء فرض ولا يلزم منه الضمان ، ولو لزم من هذا اللفظ الضمان المهم أن يضمنوا أهون الودائع ، لأنها مما قبضت اليد وإذا لم يدل الحديث على الضمان ولم ينسبه أيضًا .

وقال البيهقي - رحمه الله - في « باب من قتل عبدًا » بعد ذكر حديث الحسن عن سمرة من قتل عبدًا قتلناه . قال قتادة : ثم إن الحسن نسي الحديث ، وقال : لا يقتل حر بعبد ، يشبه أن يكون الحسن لم ينس الحديث لكن رغب عنه ، وهذه العلة موجودة في الحديث المتقدم أيضًا ، فافهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب**) ش: أي هلك م: (**ضمن ، لإن الإعارة دون الإجارة**) ش: لأن الإجارة عنده لازم دون الإعارة م: (**والشيء لا يتضمن ما هو فوقه**) ش: أي لا يستتبع ما هو فوقه ، لأن القوي لا يجعل تابعًا للضعيف. وقال الحاكم في كافيه : إذا استعار الرجل من الرجل على أن يذهب بها حيث شاء ولم يحتم مكانًا ولا وقتًا ولا ما يحمل عليها فذهب بها إلى الخيرة أو أمسكها بالكوفة شهرًا يحمل عليها أو يؤجرها .

قال : لا ضمان عليه ،أي في شيء من ذلك إلا في الإجارة خاصة ، فإنه حيث أجرها صار ضامنًا ويتصدق بالغلة ، لأنه أمره بالانتفاع مطلقًا ، والمطلق يتناول أي انتفاع شاء وإليه اليقين بفعله إن شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها وأي ذلك فعل لا يمكن أن يفعل غيره بعد ذلك ، لأن المطلق إذا تعين بقيد فلا يبقى مطلقًا ، ولكن لا يملك الإجارة أصلاً ، لأنه عقد لازم، والعارية عقد جائز، وبناء الجائز على اللازم لا يجوز .

ولأنا لو صححناه لا يصح إلا لازماً ، لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير ، وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة فأبطلناه . فإن أجره ضمنه حين سلمه ، لأنه إذا لم تتناوله العارية كان غصباً ، فإن شاء المعير ضمن المستأجر لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعاً لضرر الغرور ، بخلاف ما إذا علم .

وقال الأسبيجابي في شرح « الكافي » : وقد قال بعض أصحابنا فإنه يملك الإجارة وتنعقد جائزة لا لازمة، ثم قال : والصحيح أنه لا تنعقد الإجارة . وفي «تحفة الفقهاء» : وليس للمستعير أن يؤاجر ، فإن فعل فهو ضامن حين يسلمه إلى المستأجر، ويكون المعير بالخيار إن شاء ضمن المستعير .

م: (**ولأنا لو صححناه لا يصح إلا لازمًا**) ش: تعليل ثان ، ويمكن أن يكون جواب الشبهة ذكرها السائل ، وهو ينبغي أن يملك المستعير الإجارة ، لأنه مالك للمنفعة، ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد ، بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرًا في نقض الإجارة .

فأجاب عنها بقوله : ولأنا لو صححناه عقد إجارة المستعير لا يصح إلا لازمًا، لأنه لا يصح أن يكون غير لازم ، لأنه خلاف مقتضى الإجارة ، فإنه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع فهذا لا سبيل إليه، وكذا لا سبيل إلى كونه لازمًا م: (**لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير**) ش: لأن اللزوم لا يكتسب إلا منه فيكون من مقتضيات عقد العارية .

م: (**وفي وقوعه لازمًا زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة**) ش: لعدم قدرته عليه إلى الانقضاء فحينئذ يكون عقد الإعارة عقدًا لازمًا، وهو أيضًا خلاف المشروع م: (**فأبطلناه**) ش: أي عقد الإجارة م: (**فإن أجره ضمنه**) ش: أي ضمن المعير ما أجره م: (**حين سلمه**) ش: أي المستأجر م: (**لأنه**) ش: أي لأن عقد الإجارة م: (**إذا لم تتناوله العارية كان غصبًا ، فإن شاء المعير ضمن المستأجر ، لأنه قبضه بغير إذن المالك**) ش: وحكم الغصب الضمان وفي بغير إذن المالك م: (**لنفسه**) ش: اللام في لنفسه تتعلق بقبضه . م: (**ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر، لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه**) ش: لأنه ملكه بالضمان م: (**وإن ضمن المستأجر يرجع**) ش: أي إن ضمن المعير المستأجر يرجع المستأجر م: (**على المؤجر**) ش: وهو المستعير م: (**إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعًا لضرر الغرور**) ش: أي عن المستأجر، لأن هذا الغرور في ضمن العقد م: (**بخلاف ما إذا علم**) ش: أي المستأجر بكونها عارية في يد المؤجر حيث لم يرجع عليه ، لأنه لم يوجد منه الغرور. وقالت الثلاثة : لا يرجع مطلقًا لأنه غاصب ثان فيضمن بفعله .

قال : وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل . وقال الشافعي -رحمه الله-:ليس له أن يعيره ، لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل ، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة ، وقد اندفعت بالإباحة ها هنا . ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له بالخدمة، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة ، فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة ، وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل فعاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وله**) ش: أي للمعير م: (**أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل**) ش: كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة ، كذا ذكر في نظائر التمرتاشي، وبه قال مالك والشافعي في قول، وفي « مختصر الأسرار » : يجوز للمستعير أن يعير وإن شرط أن لا يعير ، إلا أن يكون مما يختلف بالاستعمال .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : ليس له أن يعيره ؛ لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل**) ش: يعني في هذا الباب إنها إباحة المنافع عنده م: (**والمباح له لا يملك الإباحة وهذا**) ش: أي كون الإعارة إباحة م: (**لأن المنافع غير قابلة للملك ، لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة ها هنا**) ش: أي في الإعارة ، فإذا اندفعت بالإباحة لا يصار إلى التمليك وبه قال أحمد .

م: (**ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا**) ش: يعني في هذا الباب م: (**فيملك الإعارة**) ش: يعني إذا كانت الإعارة تمليكًا للمنافع يملك المستعير حينئذ الإعارة ، لأن الشيء يتضمن مثله م: (**كالموصى له بالخدمة**) ش: أي بخدمة عبد مثلاً يجوز له أن يعيره لتملك المنفعة م: (**والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة**) ش: هذا جواب عن قوله : والمنافع غير قابلة للملك، وتقريره : لا نسلم أنها غير قابلة للملك ، فإنها تمليك بالعقد كما في الإجارة م: (**فتجعل كذلك في الإعارة دفعًا للحاجة**) ش: أي فيجعل المنافع أيضًا قابلة للملك في الإعارة دفعًا لحاجة الناس م: (**وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل**) ش: جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال : لو كانت العارية تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل، وبين ما لا يختلف. وتقرير الجواب أنه إنما لا يجوز إعارة ما استعاره فيما يختلف باختلاف المستعمل .

م: (**دفعًا لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره**) ش: أي فيما لا يختلف باختلاف المستعمل فليس فيه ضرر فقد مر أن الشيء يتضمن مثله، وإن شاء ضمن المستأجر لوجود التعدي منهما ، فإن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر ، لأنه ملك العين

قال -رضي الله عنه -: وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه ، أحدها :أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، وللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق .والثاني : أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد ، إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خيراً منه والحنطة مثل الحنطة،والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع .والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه ،

بالضمان ، فكأنه أجر ملك نفسه فهلك ، وإن ضمن المستأجر إن كان لا يعلم أنه عارية فرجع على المستعير لأنه ضمن الدرك بإيجاب عقد فيه بدل، فيكون غروراً ، فأما إذا كان معلم لا يرجع لأنه غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

م: (**قال - رضي الله عنه - : وهذا**) ش: أي ما ذكرنا من ولاية الإعارة للمستعير م: (**إذا صدرت الإعارة مطلقة**) ش: أي عن الوقف والانتفاع م: (**وهو**) ش: أي ما يصدر من عقد الإعارة م: (**على أربعة أوجه**) ش: وهي قسمة عقلية ، والمصارة على الأربعة ضرورة ، لأن الشيئين هما الإطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقف والانتفاع فكانت أربعة لا محالة م: (**أحدها: أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، وللمستعير فيه**) ش: أي في هذا الوجه م: (**أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق والثاني : أن تكون مقيدة فيهما**) ش: أي في الوقت، والانتفاع بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة م: (**وليس له**) ش: أي للمستعير م: (**أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد**) ش: مثلاً استعار الدابة ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فلا يحمل عليها أكثر.

م: (**إلا إذا كان خلافًا إلى مثل ذلك**) ش: كمن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة أقفزة من حنطة أخرى م: (**أو خيراً منه والحنطة**) ش: أي أو كان خلافًا إلى خير منه ، بأن قال: عشرة أقفزة من الحنطة ، فحمل عليها عشرة من شعير لا يضمن استحسانًا ، وفي القياس : يضمن لأنه مخالف .

وجه الاستحسان : أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة إلا إذا تصور دفع زيادة الضرر عن دابته والشعير أخف من الحنطة ، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً م: (**مثل الحنطة**) ش: أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة وحنطة المستعير أو لغيره فالحنطة جنس واحد، سواء كانت للمستعير أو لغيره أو عينها المعير أو لم يعينها .

م: (**والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع ، والرابع عكسه**) ش: أي عكس الثالث ، وهو أن تكون مطلقه في حق الانتفاع .

م: (**وليس له أن يتعدى ما سماه**) ش: أي ليس للمستعير أن يتعدى ما عينه المعير في

فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً ، له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لايتفاوت ،وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً ، لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين الإطلاق ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره ،لأنه تعين ركوبه . ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الإركاب . قال : وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض ،

الوجهين الأخيرين ، ثم فرع عليه بالفاء التفريعية بقوله م: (**فلو استعار دابة ولم يسم شيئًا له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفًا**) ش: لأن الناس يتفاوتون في الركوب م: (**لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين الإطلاق ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين ركوبه**) ش: وفي بعض النسخ : ليس له أن يُركبه ، أي ليس له أن يركب غيره ، لأنه متعين ركوبه ، وفي بعض النسخ : ليس له أن يركب أي ليس له أن يركب الدابة أو غيره والتذكير يكون على تأويل الحيوان والحمار والفرس والبغل .

م: (**ولو أركب غيره ليس له أن يركبه**) ش: أي بنفسه ، وتذكير الضمير بالتأويل الذي ذكرناه الآن ، ثم ذكر في الكتاب أن المستعير يملك الإعارة ، ولا يملك الاجارة ، ولم يذكر أنه هل يملك الايداع ، فهذا وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يودع وإليه ذهب الفقيه أبو الليث والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري ، والصدر الأجل برهان الأئمة والد الصدر الشهيد في « شرح الجامع الصغير » ، وإليه أشار محمد في آخر كتاب العارية ، فإنه قال : المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل زعم أنها ملكه فهو خصم ، وإن قال الذي في يده قد أودعتها فلان الذي أودعتها منه فليس بخصم ، فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع ، وعليه الفتوى .

وقال الأترازي : هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتاب العارية في الأصل ، وفي « الكافي » : وقال بعضهم لا يودع قصداً وكان الكرخي يقول لا يجوز أن يودع ، واستدل بمسألة ذكرها في الجامع الصغير وهي أن المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي فهلك في يد الرسول ضمن المستعير العارية فليس ذلك الإيداع منه ، كذا في « شرح الطحاوي» .

م: (**حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الإركاب**) ش: يعني لو ركبه بنفسه بعد أن أركب غيره ضمنه ، وهو الصحيح ، وهو اختيار فخر الإسلام . وقال غيره : له أن يركب بعد الإركاب ويركب بعد الركوب ولا يضمن شيئًا ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده ، لأنه يملك الإعارة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض**) ش: يعني بمنزلة قوله : أقرضتك .

لأن الإعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ، فاقتضى تمليك العين ضرورة، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدناهما فيثبت ، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه .

قال الكاكي : ولا يعلم فيه خلاف إلا ما نقل عن بعض أصحاب الشافعي هذا إعارة فاسدة، ففي وجه يضمن كما في الصحيحة ، وفي وجه لا يضمن لأنه إعارة فاسدة ، ذكره في « شرح الوجيز » .

قلت : ذكر في « الروضة » : لا يجوز إعارة الطعام قطعًا والدراهم والدنانير على الأصح .

وقال الإمام : يجري الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما . وقال المتولي : هذا إذا أطلق إعارة الدراهم ، أما إذا صرح بالإعارة للتزين فينتفي أن يقطع بالصحة .

وفي « الجواهر » للمالكية : ولو استعيرت الدراهم والدنانير لتبقى أعيانها كالصيرفي ما يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع والمشتري ، أو الرجل يكون عليه دين ونقل ما في يديه فيستعيرها لذلك فهذا يضمن إذا لم تقم البينة على تلفها ، ولا يضمن مع الشهادة على ذهابها .

وفي « المغني » قال أبو بكر البلخي : قال أعرتك هذه الصنعة من أكثر من يد فأخذها كلها فعليه مثلها أو قيمتها ، لما أن إعارة ما لا ينقطع إلا بهلاكه قرض .

قال أبو الليث : الجواب هكذا إذا لم يكن بينهما مباسطة أو دلالة الإباحة ، وقوله : والمكيل يتناول كل مكيل ، والموزون يتناول كل موزون ، والمعدود يتناول كل المعدود . وقال الحاكم في « كافيه » : وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عددا مثل الجوز والبيض ، انتهى .

وفي العارية وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والميك والكافور وسائر متاع العطر والصيادلة لايقع عليها الإجارة على منافعها قرض كذلك .

م: (**لأن الإعارة تمليك المنافع ، ولا يملك الانتفاع بها**) ش: أي بالأشياء المذكورة م: (**إلا باستهلاك عينها ، فاقتضى تمليك العين ضرورة ، وذلك**) ش: أي تمليك العين م: (**بالهبة أو القرض، والقرض أدناهما**) ش: يعني ضرراً على المعير ، لأنه يوجب المثل ، والهبة لا توجبه م: (**فيثبت**) ش: أي الأدنى ، لأنه الثابت يقينًا م: (**أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع**) ش: أي انتفاع المستعير م: (**ورد العين**) ش: أي إلى المعير وقد عجز عن رده للاستهلاك م: (**فاقيم رد المثل مقامه**) ش: أي مقام العين .

قالوا : هذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعاير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم تكن قرضاً ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، فصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها ، أوسيفاً محلى يتقلده . قال : وإذا استعار أرضًا ليبني فيها أو ليغرس جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس ، أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة ، وإذا صح الرجوع بقي المستعيرشاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها . ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور ، حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد. وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ،

م: (قالوا) ش: أي المشايخ : م: (هذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعاير بها ميزانًا) ش: من عايرت المكاييل أوالموازين إذا قابلها ، والمعيار الذي يقاس به غيره ويسوى ، وفي بعض النسخ ليعير بها ، وهذا خطأ ، والصواب يعاير ، قال الجوهري : عايروا مكاييلك وموازينك ولا تقل عيروا م: (أو يزين بها) ش: أي بالدراهم والدنانير م: (دكانًا لم تكن قرضًا ، ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، فصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفًا محلى يتقلده) ش: أو منطقة مفضضة أو خاتمًا ونحو ذلك فكل ذلك لا يكون قرضًا ، لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقائها يمكن ، فصار نظير سائر العواري .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا استعار أرضًا ليبني فيها أو ليغرس جاز ، وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه) ش: أي يكلف المستعير م: (قلع البناء والغرس) ش: بفتح الغين وكسرها ، كذا في « المغرب» م: (أما الرجوع فلما بينا) ش: يعني عند قوله وللمعير أن يرجع متى شاء م: (وأما الجواز فلأنها) ش: أي فلأن م: (منفعة معلومة تملك بالإجارة ، فكذا بالإعارة) ش: دفعًا للحاجة م: (وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا أرض المعير ، فيكلف تفريغها ثم إن لم يكن) ش: أي المعير م: (وقت العارية فلا ضمان عليه ، لأن المستعير مغتر غير مغرور) ش: يعني من جانب المعير م: (حيث اعتمد إطلاق العقد) ش: وظن أن يتركها في يده مدة طويلة م: (من غير أن يسبق منه الوعد) ش: أي من المعير .

م: (وإن كان) ش: أي المعير م: (وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا) ش: من أن له الرجوع متى شاء ، وعند مالك ليس له الرجوع قبل مضي المدة .

وفي « الجواهر» : متى كانت العارية إلى أجل معلوم أو كان لها قدر معلوم كعارية الدابة إلى موضع كذا ، أو العبد ليبني بناء أو ليخيط له ثوبًا فهي له لازمة كهبة الرقاب، فإن لم يضرب أجلا ولا كان لها مدة انقضاء فهي لازمة أيضًا بالقول والقبول ، وليس له الرجوع فيها ويلزمه إبقاؤها مدة ينتفع بها فيها الانتفاع المعتاد بمثلها عند استيفائها .

ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع ، لأنه مغرور من جهته حيث وقت له ، فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه ، كذا ذكره القدوري في « المختصر » . وذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله - أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه

م: (**ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد**) ش: أي لما في الرجوع في الوقت من خلف الوعد وهي شعبة من النفاق م: (**وضمن المعير ما نقص البناء والغرس**) ش: أي نقصان م: (**بالقلع**) ش: أي بسبب القلع .

ووجهه إما ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته ، أي نقصان البناء والغرس فكلمة ما مصدرية ، ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي نقص البناء ، فعلى هذا يكون البناء والغرس مرفوعين على الفاعلية على الأول ، وعلى الثاني يكونان منصوبين على المفعولية والغرس بكسر الغين، وروي بالفتح على إرادة المغروس فيضمن ما نقص من قيمته ، يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا ، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما ، وقال زفر - رحمه الله - لا يضمن لأن التوقيت والإطلاق سواء لبطلان الأجل في العواري .

ودليلنا هو قوله م: (**لأنه مغرور من جهته**) ش: أي لأن المستعير مغرور من جهة المعير م: (**حيث وقت له ، فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعًا للضرر عن نفسه ، كذا ذكر القدوري في المختصر**) ش: حيث قال وإن وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعيرما نقض البناء والغرس بالقلع .

فإن قيل : الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة ، والإعارة ليست كذلك .

قيل له : إن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى ، وتقدير كلامه ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى مدة كذا ، فإن لم أتركها فأنا ضامن لك بقية مالك ، وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ، وحيث كانت الإعارة بدون التوقيت صحيحة شرعًا لابد من فائدة كذكر الوقت وذلك ما قلنا .

م: (**وذكر الحاكم الشهيد - رحمه الله -**) ش: وهو ابن الفضل محمد بن أحمد السلمي المروزي صاحب التصانيف مصنف « الكافي » و« المنتقى » وغير ذلك، استشهد في ربيع الآخر سنة أربع وثلاثين ومائتين م: (**أنه**) ش: أي أن الشأن م: (**يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه**

وبنائه ، ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما ، فيكون له ذلك ، لأنه ملكه . قالوا : إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض ، لأنه صاحب أصل ، والمستعير صاحب تبع ، والترجيح بالأصل .

وبنائه ، ويكونان) ش: أي الغرس والبناء م: **(له)** ش: أي لرب الأرض م: **(إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما ، فيكون له ذلك لأنه ملكه)** ش: أي لأن كل واحد من الغرس والبناء ملك المستعير .

م: **(قالوا)** ش: أي المشايخ والمتأخرون : م: **(إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض ، لأنه صاحب أصل ، والمستعير صاحب تبع)** ش: وهو الغرس أو البناء م: **(والترجيح بالأصل)** ش: أن يكون بالأصل .

ومذهب الشافعي في هذا ذكره في « الروضة » أن إعارة الأرض للبناء والغرس نوعان : مطلقة ومقيدة ، ففي المطلقة للمستعير أن يبني ويغرس ما لم يرجع المعير ، فإذا رجع لم يكن له البناء والغرس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجانًا وكلف تسوية الأرض كالغاصب ، وإن كان جاهلا فوجهان .

وأما ما بني وغرس قبل الرجوع فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله رفع وإلا فينظر إن شرط عليه القلع مجانًا عند رجوعه وتسوية الحفر لزمه ، فإن امتنع قلعه المعير مجانًا ، وإن شرط القلع دون التسوية ، وإن لم يشرط القلع نظر إن أراد المستعير أمكن منه ويلزمه تسوية الحفر على الأصح ، وإن لم يرده لم يكن للمعير قلعه مجانًا ، ولكن يتخير المعير بين ثلاث خصال : أن يبقيه بأجرة يأخذها ، أو أن يقلع ويغرم أرش النقص وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتًا ومقلوعًا، أو أن يتملكه بقيمته .

وفي المقيدة للمستعير البناء والغرس إلا أن يرجع المعير وله أن يحدد كل يوم غرسًا ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والغرس ، وإذا رجع المعير قبل المدة أو بعدها فالحكم كما لو رجع في الأول . لكن هنا وجه أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة، وقوله : إنه إذا رجع بعد المدة فله القلع مجانًا قاله الساجي .

والمذهب الأول ومذهب أحمد ما ذكره في « حاويهم » : وإن أعار أرضًا لغرس أو بناء مطلقًا أو إلى مده فرجع وقد شرطا القلع متى رجع أو عند انقضاء المدة ففرغت لزمه القلع ولم يلزم المعير انقضاء ، ولا المستعير تسوية الأرض إلا بشرط ، وإن لم يشترطا قلعه فللمعير أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه ، فإن قلع فللمستعير التسوية وإن بنى ذلك فعليه البيع ولا يبقى مجانًا .

ولو استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت ، لأن له نهاية معلومة، وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين ، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعاً للضرر عن المالك . قال : وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه، والأجرة مؤنة الرد، فتكون عليه . وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر ، لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد ، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى ، فلا يكون عليه مؤنة رده ، وأجرة رد العين المغصوبة

م: (**ولو استعارها**) ش: أي الأرض م: (**ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع**) ش: قال الأترازي : قيل : ينبغي أي يروي على بناء المفعول ، والثلاثي المجرد ، والأصح أن يروى بكسر الصاد من الإحصاد ، يقال احصد الزرع إذا حان حصاده .

قلت : كلاهما يجوز والأولى الأول للكثرة وقلة الباب الثاني فافهم .

م: (**وقت أو لم يوقت**) ش: أراد أن الأرض تترك في يده بطريق الإجارة بأجر المثل. سواء عين مدة أو لا ، والتوقيت هو تعيين الوقت م: (**لأن له**) ش: أي للزرع م: (**نهاية معلومة وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين**) ش: أي حق المعير والمستعير كما في الإجارة إذا نقصت المدة والزرع لم يدرك بعد فإنه يترك الأرض في يده بأجر مراعاة للجانبين ، كذا هنا ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه ، ومالك وأحمد في وجه .

وعن أحمد : إن كان مما تحصد قصيلاً بلا ضرر فله الرجوع لعدم الضرر فيه .

ثم إذا استحصد الزرع فصاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر . وقال أبو إسحاق الحافظ : إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا أجر الأرض منه أو القاضي بعد مضي المدة بدون ذلك ، فلا يجب الأجر وفي أكثر الروايات لم يشترط ذلك ، وقد قيل : يقتضي تعليل المصنف بقوله : لأن له نهاية معلومة أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقتة، لأن له نهاية معلومة ، ولأن الوقت منصوص عليه هنا، وفي الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الثلاثة دلالة . م: (**بخلاف الغرس ، لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعًا للضرر عن المالك**) ش: لأن في إبقائه ضرراً له والضرر مدفوع.

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه**) ش: لأن الغرم بالغنم ، وهذا لا خلاف فيه م: (**وأجرة رد العين المستأجرة ، على المؤجر ، لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد ، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى**) ش: لأنه سلم له ما شرط من أجرة العين م: (**فلا يكون عليه**) ش: أي على المستأجر م: (**مؤنة رده**) ش: لما ذكرنا من أن الغرم بالغنم م: (**وأجرة رد العين المغصوبة**

على الغاصب ، لأن الواجب عليه الرد ، والإعادة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه ، فتكون مؤنة الرد عليه . قال : وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن ، وهذا استحسان، وفي القياس يضمن ، لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده ، وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا . ولو رد العين المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن ، لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العواري لأن فيها عرفاً حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه.

على الغاصب ، لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعًا للضرر عنه ، فتكون مؤنة الرد عليه) ش: لقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » ولا خلاف فيه .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا) ش: أي عدم الضمان م: (استحسان . وفي القياس : يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في الأصح .

م: (وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده) ش: بفتح الميم موضع الربط . وذكر التمرتاشي عن أبي سلمة : إن كان المربط خارج الدار لم يبرأ لأن الظاهر أنها تكون هنالك بلا حافظ ، وقيل : هذا في عادتهم .

م: (وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن) ش: هذا لفظ القدوري أيضًا، إلا أن لفظه في أكثر النسخ : وإن استعار عينًا فردها إلى دار المالك م: (لما بينا) ش: أشار به إلى قوله : لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد ، فعلى هذا إذا استعار عقداً لم يردها إلا إلى المعير للعرف كذلك .

م: (ولو رد العين المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن) ش: هذه من مسائل القدوري أيضًا م: (لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه ، بخلاف العواري لأن فيها عرفًا ، حتى لو كانت العارية عقد جوهر) ش: بكسر العين، وسكون القاف وهو القلادة ويجمع على عقود م: (لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه) ش: أي في حكم رد عقد الجوهر .

قال : ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن والمراد بالأجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة ، لأنها أمانة فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة . بخلاف الأجير مياومة ، لأنه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها مع عبد رب الدابة أوأجيره، لأن المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده ، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب .وقيل فيه وفي غيره وهو الأصح ، لأنه وإن كان لا يدفع إليه دائما يدفع إليه أحياناً ، وإن كان ردها مع أجنبي ضمن ، ودلت المسألة على أن المستعيرلا يملك الإيداع قصداً كما قاله بعض المشايخ - رحمهم الله -، وقال بعضهم يملكه ،لأنه دون الإعارة ، وأولوا هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) ش: أراد بالأجير السائس ، وبه قال أحمد وقياس قول الشافعي أن يضمن كما في الوديعة م: (والمراد بالأجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة ، لأنها أمانة ، فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة ، بخلاف الأجير مياومة ، لأنه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها) ش: أي الدابة المستعارة م: (مع عبد رب الدابة أو أجيره ، لأن المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده) ش: أي لو رد المستعير الدابة إلى المالك فهو يرده م: (إلى عبده) ش: وتذكير الضمير في الموضعين باعتبار الحيوان أو الحمار ونحوه .

م: (وقيل هذا) ش: أي عدم الضمان بالرد إلى عند رب الدابة م: (في العبد الذي يقوم إلى الدواب) ش: وهو السائس م: (وقيل فيه وفي غيره) ش: إن قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب وفي غيره م: (وهو الأصح) ش: أي القول الثاني وهو الأصح م: (لأنه) ش: أي لأن مالك الدابة م: (وإن كان لا يدفع إليه دائمًا) ش: أي إلى عبده الذى ليس يقوم على الدواب دايبًا بكسر الياء و آخرُ الحروف بعدها باءٌ موحدة ومعناه دائمًا م: (يدفع إليه أحيانًا) ش: أي في بعض الأحيان م: (وإن كان ردها مع أجنبي ضمن) ش: يعني إذا هلك ، لأنه ليس بنائب عن المالك، فصار متعديًا م: (ودلت المسالة) ش: أي المسألة المذكورة م: (على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً) ش: لما وضعه في يد الأجنبي للرد كان إيداعًا م: (كما قاله بعض المشايخ- رحمهم الله -) ش: منهم الكرخي والبقالي .

م: (وقال بعضهم) ش: أي بعض المشايخ وهم مشايخ العراق: م: (يملكه) ش: أي يملك المستعير الإيداع م: (لأنه دون الإعارة) ش: أي لأن لإيداع دون الإعارة لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعًا وتمليك المنافع ، فلأن يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى ، وبه أخذ أبو الليث والفضلي . وفي « الكافي » وعليه الفتوى م: (وأولوا) ش: أي أول مشايخ العراق م: (هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة) ش: أراد أن هذه المسألة فيما إذا كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها ، وحينئذ يصير المستعير مودعًا والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق .

قال : ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب إنك أطعمتني عند أبي حنيفة - رحمه الله-. وقالا : يكتب إنك أعـرتني ، لأن لفظة الإعارة مـوضـوعة له والكتـابة بالموضوع أولى ، كـما في إعـارة الدار. وله أن لفظة الإطعـام أدل على المراد ، لأنها تخـتص بالزراعة والإعـارة تنتظمـها وغيـرها كالبناء ، ونحوه فكانـت الكتابة بها أولى ، بخـلاف الدار لأنها لا تعـار إلا للسكنى ، والله أعلم بالصواب .

م: (**قال : ومن أعـار أرضًا بيضـاء للزراعة يكتب إنك أطعمـتني عند أبي حنيفة - رحـمه الله -** . **وقالا يكتب إنك أعرتني ، لأن لفظة الإعارة موضوعة له**) ش: أي لعقد الإعارة م: (**والكتابة بالموضوع له أولى كـما في إعـارة الدار**) ش: حـيث لا يكتب أسكنتني ، وكـذا في إعـارة الثوب لا يكتب ألبستني ، وبه قالت الثلاثة .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيـفة م: (**أن لفظة الإطعـام أدل على المراد**) ش: من الإعـارة م: (**لأنها**) ش: أي لأن لفظة الإطعـام م: (**تختص بالزراعـة والإعارة تنتظمـها**) ش: أي تشـملهـا م: (**وغيرها**) ش: أي وينتظم غيرها أيضًا م: (**كالبناء ونحوه**) ش: مثل نصبًا لفسطاط م: (**فكانت الكتابة بها**) ش: أي لفظة الإطعـام م: (**أولى ، بخـلاف الدار لأنهـا لا تعـار إلا للسكـنى والله أعلم بالصـواب**) ش: والغـرض يصـير إليـه مـعلومًـا بقـوله أعـرتني ، وكـذا في الثـوب . والله أعلم بالصواب .

***

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام : « تهادوا تحابوا » ،

م: (كتاب الهبة)

ش: وجه المناسبة بين الكتابين من حيث إن كلا منهما مشتمل على التمليك ، إلا أن العارية مفردة والهبة مركبة ، لأن في العارية تمليك المنفعة فقط ، وفي الهبة تمليك العين مع المنفعة والهبة في اللغة مصدر من وهب يهب ، وأصلها وهب لأنه معتل الفاء كالعدة أصلها وعدة ، فلما حذفت الواو تبعًا لفعله عوضت عنها الهاء ، فقيل هبة وعدة ومعناها إيصال الشيء للغير بما ينفعه ، سواء كانت مالاً أو غير مال ، يقال وهبت له مالاً ووهب الله فلانًا ولداً صالحًا، ويقال وهبه مالاً أيضًا ولا يقال وهب منه ، ويسمى الموهوب هبة وموهبة ، والجمع هبات ومواهب واتهبه منه إذا قبله ، واستوهبه إذا طلب الهبة ، وفي الشرع هي تمليك لمال بلا عوض .

م: (والهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام: « تهادوا تحابوا »)[1] ش: هذا الحديث رواه من الصحابة أبو هريرة وابن عمرو بن العاص وابن عمر وعائشة ، - رضي الله عنهم - أجمعين .

أما حديث أبي هريرة فرواه البخاري في كتابه « المفرد في الآداب » حدثنا عمرو بن خالد ثنا ضمام بن إسماعيل سمعت موسى بن وردان عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام قال : **«تهادوا تحابوا »** . وأخرجه النسائي في كتاب « الكنى » عن أبي الحسين محمد بن بكير الحضرمي عن ضمام بن إسماعيل به ، وكذلك رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده » والبيهقي في « شعب الإيمان » وابن عدي في « الكامل » وأعله بضمام وقال : إن أحاديثه لا يرويها غيره .

وأما حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - فرواه الحاكم في كتاب «علوم الحديث» فقال : سمعت أبا زكريا العنبري قال : سمعت أبا عبد الله البوشنجي ثنا يحيى بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبد الله بن عمرو أن النبي عليه السلام قال : **« تهادوا تحابوا»** .

وأما حديث ابن عمر -رضي الله عنهما - فرواه أبو القاسم الأصبهاني في كتاب «الترغيب والترهيب» من حديث إسماعيل بن إسحاق الراشدي ثنا محمد بن داود بن عبد الجبار عن أبيه

---

(١) **ضعيف** : سبق تخريجه .

وعلى ذلك انعقد الإجماع . وتصح بالإيجاب والقبول والقبض . أما الإيجاب والقبول ، فلأنه عقد ، والعقد ينعقد

عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ : « **تهادوا تحابوا** ».

وأما حديث عائشة - رضي الله عنها - فرواه الطبراني في « معجمه الأوسط » ثنا محمد بن يحيى بن محمد بن السكن ثنا ريحان بن سعيد ثنا عرعرة بن اليزيد ثنا المثنى أبو حاتم العطار عن عبيد الله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن أبي بكر عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : «**تهادوا تحابوا ، وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم** » وأخرجه مالك في « الموطأ » مرسلاً عن عطاء الخراساني قال : قال رسول الله ﷺ : « **تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء** » .

قوله : تهادوا - بفتح الدال وسكون الواو لأنه صيغة خطاب للجماعة من التهادي وأصله تهادى لأنك تقول تهاد تهاديًا تهاديوًا قلبت الياء ألفًا لتحركهاوانفتاح ما قبلها ثم حذفت لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالوا وأصله تعاليوا . قال الله تعالى ﴿ **قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء** ﴾ (آل عمران ٦٤) . قوله : تحابوا بتشديد الباء المضمومة وهو أيضًا صيغة خطاب للجماعة ، وأصله تحابون ولكن سقطت النون لأنه جواب للأمر ، وأصله تحاببوا ، لأنه من التحابب من المحبة ، أدغمت الباء في الباء . وقال الحاكم : تحابوا إما بتشديد الباء من الحب ، وإما بالتخفيف من المحاباة .

قلت : ترجيح الأول الذي هو المشهور ما أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بنت وداع أو قال: وادع قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **تهادوا تزيدوا في القلب حبًا**» .

م: (**وعلى ذلك**) ش: أي كون الهبة مشروعة م: (**انعقد الإجماع**) ش: أي إجماع الأمة .

م: (**وتصح**) ش: أي الهبة م: (**بالإيجاب**) ش: كقوله وهبت ونحوه ، هذا بمجرده في حق الواهب م: (**والقبول**) ش: كقوله قبلت م: (**والقبض**) ش: بالجر ، أي وبالقبض فلا يتم في حق الموهوب له إلا بالقبول والقبض كما يأتي ، لأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع ، ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض ، وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث . وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض كما في البيع ، فلا يتم ، أو حلف على أن لا يهب فلانًا فوهبه ولم يقبل يرد في يمينه عندنا .

م: (**أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد**) ش: أي فلأن الهبة عقد نحو سائر العقود ، وذكر

بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك . وقال مالك -رحمه الله- يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع ، وعلى هذا الخلاف الصدقة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » ،

الضمير باعتبار العقد م: (**والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول**) ش: لأن قيام العقد بهما م: (**والقبض لا بد منه لثبوت الملك**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد وأكثر الفقهاء والتابعين ، إلا أن أحمد يقول : إن كانت الهبة عينًا تصح بدون القبض في الأصح ، وفي المكيل والموزون لا يصح بدون القبض .

م: (**وقال مالك -رحمه الله - : يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع**) ش: لأنه عقد لازم يقبل الملك فلم يتوقف على القبض كالبيع ، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم وابن أبي ليلى وفي كتاب « التفريع » لأصحاب مالك : وفيمن وهب شيئًا من ماله لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به ، فإن أبى ذلك حكم به عليه إذا أقر أو قامت عليه البينة ، وإن أنكر الهبة حلف عليها وبرئ منها ، وإن نكل عن اليمين حلف الموهوب له وأخذها منه .

وإن مات الواهب قبل دفعها إلى الموهوب له فلا شيء له إذا كان قد أمكنه أخذها ففرط فيها، وإن مات الموهوب له قبل قبضها قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب بهبته انتهى . وقال الخرقي من أصحاب أحمد : لا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن إلا بقبضه ، ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع . م: (**وعلى هذا الخلاف الصدقة**) ش: فعندنا يشترط فيها القبض خلافًا لمالك - رحمه الله .

م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة »**)(١) ش: هذا حديث منكر لا أصل له ، والعجب من الكاكي حيث يقول : قيل : هذا الحديث غير مرفوع ، بل قول علي وعمر - رضى الله عنهما - ولم يبين ذلك ، وليس كذلك بل هذا الذي ذكره المصنف قول إبراهيم النخعي رواه عبد الرزاق في مصنفه وقال : أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم قال : لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض . وأما قول عمر -رضي الله عنه - فهو ما رواه البيهقي من حديث يزيد بن زريع نا سعيد عن قتادة عن يحيى بن يعمر عن أبي موسى قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : لا محال ميراث ما لم يقبض .

والأحسن أن يستدل على اشتراط القبض في الهبة بما أخرجه البيهقي من حديث عبد الله

---

(١) قال الحافظ الزيلعي : غريب .

والمراد نفي الملك ، لأن الجواز بدونه ثابت ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت

ابن وهب أنا مالك ويونس وغيرهما أن ابن شهاب أخبرهم عن عروة عن عائشة - رضي الله عنهما - « أن أبا بكر - رضي الله عنه - نحلها جذاذ عشرين وسقًا من مال الغابة ، فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقراً بعدي منك ، إلا أني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقًا ، فلو كنت جذذته واحترزت به كان لك ذلك ، وإنما هم أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله عز وجل . . الحديث ، كذا رواه الطحاوي في شرح الآثار وقال : حدثنا يونس أخبرنا ابن وهب أن مالكًا حدثه . . . إلى آخره ، فهذا أدل دليل على اشتراط القبض وبه استدل في « المبسوط » وأصحاب الشافعي في كتبهم .

قوله : نحلها ، أي وهب لها ، والجذاذ بكسر الجيم من جذذت الشيء أجذه بالضم جذاً قطعته ، وروي جاذ عشرين وسقًا .

قال الخطابي : الجاذ بمعنى المجذوذ فاعل بمعنى مفعول والوسق ستون صاعًا . والغابة بالغين المعجمة وبعد الألف باء موحدة مخففة وهو موضع مشهور بالمدينة ، وفي رواية من ماله بالعالية ، وهو أيضًا موضع بالمدينة .

م: (**والمراد نفي الملك**) ش: أي المراد من قوله عليه السلام « **لا تجوز الهبة إلا مقبوضة** » عدم ثبوت حكم الهبة وهو الملك م: (**لأن الجواز**) ش: أي جواز الهبة م: (**بدونه ثابت**) ش: أي بدون الملك ، لأن الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن عقد الهبة م: (**عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئًا**) ش: وعقد التبرع لم يلزم به شيء م: (**لم يتبرع به وهو التسليم**) ش: أي الذي لم يتبرع به هو التسليم م: (**فلا يصح**) ش: لأن من ضرورات الملك التسليم ، ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه مالم يتبرع به إذا كان من تامة ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام .

وأجيب : بأنه مغالطة ، فإن ما لا يتم الشيء إلا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجبًا كما ذكرت في الصوم ، فإنه يجب بالنذر أو الشروع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به .

م: (**بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت**) ش: لما قاس مالك الهبة على

ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية ، فلم يملكها . فإن قبضه الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً . وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض ، والقياس أن لا يجوز في الوجهين ، وهو قول الشافعي -رحمه الله- لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه .

الوصية والوقف في عدم اشتراط القبض ، أجاب عن ذلك بقوله بخلاف الوصية أراد أن بين الهبة والوصية فرقًا ، وهو أن الملك لا يثبت في الوصية إلا بعد الموت ، وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم ، وهو معنى قوله م: (**ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم**) ش: يعني بالموت .

وكذلك القياس على الوقف غير صحيح ، لأنه إخراج ملك إلى الله تعالى والتصدق بمنفعته ، وفيه لا يشترط القبض م: (**وحق الوارث متأخر**) ش: جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث إليه ، وتقريره أن حق الوارث متأخر م: (**عن الوصية فلم يملكها**) ش: أي الوصية ، يعني لما يكن الوارث خليفة له فيها ليقام مقام الميت ، فلا معتبر لتسليمه ، لأنه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها .

م: (**فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحسانًا**) ش: هذا لفظ القدوري-رحمه الله - في مختصره ، يعني إن قبض الهبة الموهوب له في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز ، وصحت الهبة استحسانًا . وقال الكرخي - رحمه الله - في مختصره : فإن أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرته أو بغير حضرته جاز القبض ، وإن وهب له دينًا على رجل وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه جاز إذا قبض ذلك استحسانًا أيضًا ، وإن لم يأذن له في قبض الدين لم تجز الهبة ، وإن قبضه الموهوب له وإن كان ذلك بحضرة الواهب ، لأن المالك الذي يقبض عن الدين ملك الذى عليه الدين حتى يقبضه صاحب الدين ، أو يجعل قبضه إلى غيره فيقبضه الغير .

م: (**وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض ، والقياس أن لا يجوز في الوجهين**) ش: أي فيما إذا قبض في المجلس بإذن الواهب ، وفيما إذا قبض بعد الافتراق بدون إذنه .

وبالقياس م: (**وهو قول الشافعي - رحمه الله- : لأن القبض تصرف في ملك الواهب ملكه قبل القبض باق**) ش: بالاتفاق ، بدليل صحة تصرفه من البيع والإعتاق م: (**فلا يصح بدون إذنه**) ش: لأن التصرف في ملك الغير بغير الإذن غير صحيح .

ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ، والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطاً له على القبض ، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به. بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح .

م: (**ولنا**) ش: أراد به وجه الاستحسان ، قيل ذكر لنا ها هنا غير مناسب ، لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن ، فلم يكن ذكر لنا مناسبًا ، بل كان المناسب أن يقول وجه الاستحسان .

قلت : لما كان القياس هو قول الشافعي - رحمه الله - ووجه الاستحسان قولنا ناسبه أن يقول ولنا ، وأن لم يصرح بذكر الشافعي - رضي الله عنه - م: (**أن القبض بمنزلة القبول في الهبة**) ش: أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع ، وقوله في الهبة يتعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول ، فافهم. وكون القبض فيها مثل القبول في البيع م: (**من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك**) ش: أي على القبول ، فإذا كان القبض مثل القول لا يثبت حكم الملك إلا بالقبض ، كما لا يثبت الملك إلا بالقبول م: (**والمقصود منه**) ش: أي مقصود الواهب من عند الهبة م: (**إثبات الملك**) ش: للموهوب له م: (**فيكون الإيجاب منه**) ش: أي من الواهب م: (**تسليطًا له على القبض**) ش: تحصيلاً بمقصوده ، فكان أدنى دلالة .

م: (**بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق**) ش: حيث يشترط فيه الإذن صريحًا م: (**لأنا**) ش: وفي بعض النسخ لأنه ، أي لأن الشأن م: (**إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقًا له**) ش: أي للقبض م: (**بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به**) ش: أي بالقبول وهو القبض .

م: (**بخلاف ما إذا نهاه**) ش: كان ينبغي أن يقول وبخلاف بواو العطف عطفًا على قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأن حكمها واحد ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال يلزم على هذا ما إذا نهى من القبض ، فإن التسليط موجود ولم يجوز له القبض . وتقرير الجواب أنه إذا نهاه يعنى صريحًا م: (**عن القبض في المجلس**) ش: بأن قال له لا تقبض فإنه لا يصح قبضه في المجلس وبعده م: (**لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح**) ش: أراد بالدلالة الإذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض ، والصريح هو قوله لا تقبض فإن الإذن الذي حصل من الإيجاب دلالة تبطل بوجود صريح النهي ، لأن الدلالة لا تقابل الصريح وفيه مناقشتان :

الأولى : أن القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع .

الثانية : أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ، ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسلطًا على القبض ، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه

قال : وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول صريح فيه ، والثاني مستعمل فيه ، قال عليه الصلاة والسلام :« أكل أولادك نحلت مثل هذا »، وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد ، وكذا ينعقد بقوله أطْعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء ، وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة . أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ، بخلاف ما إذا قال أطعُمتك هذه

جاز له أن يسترده ويحبس الثمن .

الجواب عن الأولى أن الإيجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس ، وفي الهبة وجد عقد تمام وهو يتوقف على ما وراءه . وعن الثانية فإنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني فلا يعتبر به .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت، لأن الأول**) ش: أي قوله وهبت م: (**صريح فيه**) ش: أي في عقد الهبة م: (**والثاني**) ش: أي قوله نحلت م: (**مستعمل فيه**) ش: أي في عقد الهبة ، أراد به مجاز فيه وهو أيضًا صريح ، لأن المجاز المتعارف كالصريح .

إلا أن قوله وهبت لما كان صريحًا حقيقة ونحلت وإخوته صريحًا مجازاً فرق بينهما م: (**قال عليه الصلاة والسلام** : « **أكل أولادك نحلت مثل هذا** ») ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال إن أباه أتى النبي ﷺ فقال إني نحلت ابني هذا غلامًا كان لي فقال رسول الله ﷺ : « **أكل ولدك نحلت مثل هذا** » ؟ قال لا ، فقال رسول الله ﷺ : « **فأرجعه** » . أخرجه البخاري ومسلم في « الهبة » وأبو داود في « البيع » مختلفًا والمعنى واحد. والعجب من الكاكي مع ادعائه أن له اطلاعًا في الحديث أنه لما ذكر هذا الحديث قال : كذا في « المبسوط» ، فهذا قول من لم يحم حول كتب الحديث ولا طرق في سمعه اسم البخاري، ومسلم ولا غيرهما .

م: (**وكذلك الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله**) ش: يعني أراد بالثالث قوله أعطيت أي هو أيضًا مستعمل في عقد الهبة مجازاً كما يقال أعطاك الله ووهبك الله م: (**بمعنى واحد ، وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة**) ش: هذه أربعة ألفاظ ، ثلاثة تنعقد بها الهبة مطلقًا والرابع وهو حملتك لا ينعقد به إلا بالنية على ما يجيء الآن .

م: (**أما الأول**) ش: يعني قوله أطعمتك هذا الطعام م: (**فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه ، يراد به تمليك العين**) ش: بغير عوض ، فيكون هبة م: (**بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه**

الأرض حيث يكون عارية ، لأن عينها لا يطعم فيكون المراد أكل غـلتها . وأما الثاني فلأن حرف اللام للتمليك . وأمـا الثالث فلقوله عليـه الصلاة والسلام: « فـمن أعمر عمـرى فهي للمعـمر له ولورثته من بعده ، وكذا إذا قال : جعلت هذه الدار لك عمرى ، لما قلنا . وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية ،

الأرض ، حيث يكون عارية لأن عينها لا يطعم) ش: أي لأن الأرض ، والتذكير باعتبار المذكور ، وفي بعض النسخ لأن عينها وهو الأصوب ، فيكون المعنى أطعمتك ما يحصل منها ، فكان تمليكًا لمنفعة الأرض دون عينها م: **(فيكون المراد أكل غلتها)** ش: أي إذا كان كذلك يكون من قوله أكل غلة الأرض وهو ريعها . وقال الأترازي - رحمه الله- : ولنا في تقرير صاحب «الهداية » نظر ؛ لأنه قال إن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ، فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التمليك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم ، لأن المراد من الإطعام إطعام الطعام ، والطعام يؤكل عينه ، فكان الإطعام في الآية مضافًا إلى ما يطعم عينه فافهم .

قلت : لا نسلم أنه أضيف إلى ما يؤكل عينه بل هو مضاف إلى عشرة مساكين ، فافهم.

م: **(وأما الثاني)** ش: يعني قوله جعلت هذا الثوب لك م: **(فلأن حرف اللام للتمليك)** ش: فكان معناه ملكت هذا الثوب لك . ألا ترى أن في التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك ، فكذا في التمليك بغير بدل ، وكسوتك هذا الثوب بمعناه لأنه لتمليك العين قال الله تعالى : ﴿ وكسوتهم ﴾ والكفارة لا تتأدى إلا بتمليك الثوب .

م: **(وأما الثالث)** ش: يعني قوله وأعمرتك هذا الشيء م: **(فلقوله عليه الصلاة والسلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده)** ش: هذا الحديث أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن جابر - رضي الله تعالى عنه - قال ، قال رسول الله ﷺ : «**من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع قولُه حَقَّه فيها وهي لمن أعمر ولعقبه** » .

م: **(وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى)** ش: يقال أعمرته داري أو أرضًا أو إبلا إذا أعطيته إياها وقلتَ : هي لك عمري أو عمرك ، فإذا مت رجعت إلي ، والعمرى اسم م: **(لما قلنا)** ش: أشار به إلى قوله فلأن حرف اللام للتمليك .

م: **(وأما الرابع)** ش: يعني قوله وحملتك على هذه الدابة م: **(فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية)** ش: قيل كيف يستقيم هذا القول وقد قال في العارية إن حملتك والتمليك العين .

قلت : قدر هذا النظر هناك .

لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته . ولو قال : كسوتك هذا الثوب يكون هبة، لأنه يراد به التمليك . قال الله تعالى :﴿ أو كسوتهم ﴾ ، ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أي ملكه منه . ولو قال : منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل . ولو قال : داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية ؛ لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم .

وتحرير الجواب : أن قوله هاهنا حقيقة بالنظر إلى الوضع ، وقوله هناك لتمليك العين ، يعني في العرف والاستعمال ، ولكن الحقيقة ما هجرت بالعرف فيصير كأنه مشترك م: (**لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلانًا على فرس**) ش: أي ملكه إياها ، وهو معنى قوله م: (**ويراد به التمليك فيحمل عليه**) ش: أي على التمليك م: (**عند نيته**) ش: فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه فيعتبر نيته .

م: (**ولو قال : كسوتك هذا الثوب يكون هبة**) ش: هذا من مسائل « المبسوط » ذكره تفريعًا على مسألة القدوري رحمه الله م: (**لأنه يراد به التمليك ، قال الله تعالى ﴿ أو كسوتهم﴾**) ش: فإن المراد به تمليك العين لا تمليك المنفعة م: (**ويقال كسى الأمير فلانًا ثوبًا ، أي ملكه منه**) ش: أي من فلان م: (**ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل**) ش: أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام « **المنحة مردودة** »[1] ، ولكن إذا نوى التمليك يثبت ، لأنه محتمل كلامه .

م: (**ولو قال: داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية**) ش: وهذا من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمهم الله - : في الرجل يقول : هذا لك هبة سكنى ودفعها إليه قال هذه عارية . وإن قال : هي لك هبة تسكنها فهي هبة ، وإن قال هي لك سكن هبة فهي سكنى ، انتهى .

ونصب الهبة في الموضعين على الحال والتبيين لما في قوله داري لك من الإبهام م: (**لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها**) ش: أي تحتمل المنافع م: (**وتحتمل تمليك العين، فيحمل المحتمل على المحكم**) ش: يعني صار المحكم قاضيًا على المحتمل ، فكأنه قال : سكنى داري لك فيكون عارية ، لأن العارية محكم .

فإن قلت : من أين تقول إنها محكم ؟ .

قلت : لأنها لا تحتمل تمليك الرقبة ، لأنه خرج تفسير الأول الكلام فيعتبر به حكم أول الكلام . قالت الشراح : كان حق الكلام أن يقول : لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة ، وكذا

---

(١) صحيح : سبق تخريجه .

وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه . ولو قال : هبة تسكنها فهي هبة ؛ لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له وهو تنبيه على المقصود . بخلاف قوله هبة سكنى ، لأنه تفسير له . قال : ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة

ذكره في « المبسوط » حيث قال : لأن السكنى محكم .

وأجيب : بأن السكنى لا يحتمل إلا العارية فأطلق عليه اسم العارية . م: (**وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى**) ش: بضم النون وسكون الحاء وهي العطية م: (**أو سكنى صدقة**) ش: بأن قال داري لك سكنى صدقة م: (**أو صدقة عارية**) ش: بأن قال داري لك صدقة م: (**أو عارية هبة لما قدمناه**) ش: ليحمل على المحكم .

م: (**ولو قال هبة تسكنها فهي هبة**) ش: ذكر في « المبسوط » . ولو قال : داري لك هبة تسكنها ، أو قال عمرى لتسكنها وسلمها إليه فهي هبة م: (**لأن قوله هبة تسكنها مشورة**) ش: بفتح الميم وضم الشين بمعنى الشورى ، وهي استخراج رأي على غالب الظن م: (**وليس بتفسير له**) ش: لأن الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم م: (**وهو تنبيه على المقصود**) ش: بأن قال ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم ، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام تأكله وهذا الثوب تلبسه فإن شاء قبل مشورته وفعل ما قال ، وإن شاء لم يقبل .

م: (**بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير له**) ش: لأن قوله سكنى اسم فجاز أن يكون تفسيراً لاسم آخر ، فيتغير به أول الكلام كما في الاستثناء والشرط فيكون عارية .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة**) ش: أي مفرغة عن إملاك الواهب ، حتى لا تصلح هبة الثمر على الشجر والزرع في الأرض بدون الشجر والأرض ، وكذا العكس عندنا م: (**مقسومة**) ش: احترز به من المشاع ، قيل في الفرق بين ما يقسم وبين ما لا يقسم كل شيء يضره التبعيض ويوجب نقصانًا في ماليته ، فإنه لا يحتمل القسمة كالدراهم والدنانير فهبة بعضه جائز بلا خلاف .

وقيل : كل ما يفوت بالقسمة منفعته أصلاً كالعبد أو جنس منفعته كالحمام والرجى فهو لا يحتمل القسمة .

وقيل : كل مشترك بين اثنين لو طلب أحدهما قسمة ، وإلى الآخر فالقاضي لا يجبره على القسمة ، وهو مما لا يحتمل القسمة ، ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد لا الطارئ ، حتى لو وهب شيئًا فرجع في بعضه تصح الهبة .

وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة . وقال الشافعي - رحمه الله - يجوز في الوجهين ؛

والعبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد، حتى لو وهب مشاعًا وسلم مقسومًا يجوز ، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الآخر وسلمه جازت الهبة أو وهب تمراً في نخل أو زرعًا في أرض ، ثم سلم بعد ذلك مفرزاً يجوز ، كذا في « الذخيرة » وغيره فعلم من هذا أن معنى قوله لا يجوز الهبة فيما يقسم إلا مجوزة مقسومة لا تثبت الملك فيه لا يجوزه مقسومة ، لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ، ولكن غير مثبتة للملك . قيل تسلمه مفرزاً نظيراً ، نظيره البيع بشرط الخيار .

وفي « الحائط » قال علماؤنا - رحمهم الله - : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يتم ، ويفيد الملك قبل القسمة . وقال الشافعي -رحمه الله- إنها تامة وبعض أصحابنا -رحمهم الله- قالوا إنها فاسدة والأصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ، ولا يقال إنها فاسدة بل غير تامة ، كذا هذا .

وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة ، كذا قال علاء الدين - رحمه الله - : العالم في طريقة الخلاف . وقال في « الطريقة البرهانية » : قال علماؤنا - رحمهم الله - وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة يفيد الملك بالتخلية . وقال شيخ الإسلام أبو بكر رحمه الله المعروف بخواهر زاده في «مبسوطه » : قال علماؤنا : إذا وهب مشاعًا يحتمل القسمة لا يجوز سواء كان وهب في الأجنبي أو من شريكه .

وقال الشافعي - رضي الله عنه - : يجوز من الأجنبي ومن الشريك ، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله : إن وهب من الأجنبي لم يجز ، وإن وهب من الشريك جاز وأجمعوا على أنه إذا وهب ما لا يحتمل القسمة فإنه يجوز .

م: (**وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة**) ش: معناه هبة المشاع لا يحتمل القسمة جائزة ، لأن المشاع غير مقسوم ، فيكون المعنى ظاهراً ووهبت النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم ، وذلك مستنكر ودفعه بما ذكرنا ، فافهم .

م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : يجوز في الوجهين**) ش: أي فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - . وفي « الروضة » : يجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره سواء وهبه للشريك أو غيره ، ويجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها وعكسه . وفي «الجواهر» للمالكية : ولا يمتنع بالشيوع ، وإن كان قبل القسمة ، وتصح هبة المجهول والآبق والكلب .

وفي « فتاوى الحنابلة » : وتصح هبة المشاع وإن تعذرت قسمته ، ويصح من الشريك

لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه ، وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك، فيكون محلا له ، وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية، ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله ، والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه ،

وغيره سواء كان مما ينقل ويحول أو لم يكن ، وسواء كان مما ينقسم أو مما لا يأتي قسمته كالشقص في العبد والدابة والجوهرة والسرخي م: (**لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه**) ش: من الصحيح والفاسد والصرف والسلم وغيره فإن الشيوع لا تمنع تمام القبض في هذه العقود بالإجماع .

م: (**وهذا**) ش: أي جوازه م: (**لأن المشاع قابل لحكمه**) ش: أي لحكم عقد الهبة م: (**وهو الملك فيكون محلاً له**) ش: كالمبيع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلاً له ، لأن المحلية غير القابلية أو لازم من لوازمها ، فكان العقد صادراً من أهله مضافًا إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزاً .

م: (**وكونه تبرعًا لا يبطله الشيوع**) ش: جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال البيع لا يفتقر إلى القبض ، بخلاف الهبة فإنه عقد تبرع ومحتاج إلى القبض .

فلو قلنا بجوازه : في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة وهو لم يتبرع به .

فأجاب بقوله : وكونه أي وكون الهبة والتذكير باعتبار الوهب أو المذكور تبرعًا لا يبطله الشيوع ، يعني لم يعهد ذلك مبطلاً في التبرعات .

م: (**كالقرض**) ش: بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضًا يعمل في النصف الآخر شركة ، فإنه يجوز مع أن القبض شرطًا لوقوع الملك في القرض ، ثم لا يشترط القسمة م: (**والوصية**) ش: بأن أوصى لرجلين بألف درهم فإن ذلك صحيح ، فدل على أن الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعًا .

م: (**ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة**) ش: أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام: « **لا تجوز الهبة إلا مقبوضة** » وفيه نظر ، لأنه قد تقدم أن هذا الحديث لا أصل له ولم يثبت عن النبي ﷺ في اشتراط القبض في الهبة شيء .

ولو ثبت اشتراط قبض فقبض كل شيء بحسبه م: (**فيشترط كماله**) ش: أي كمال القبض، لأن التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده ، حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته، لأنه بالبيت بالسنة ، وهذا ، لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتًا مطلقًا ، وبدون الإطلاق لا يثبت م: (**والمشاع لا يقبله**) ش: أي القبض م: (**إلا بضم غيره إليه**) ش: الموهوب إلى الموهوب م:

وذلك غيرموهوب ، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ، ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم . بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه ، فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين

(وذلك) ش: أي الغير م: (غير موهوب) ش: وغير ممتاز عن الموهوب ، فصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لإفادة الملك .

م: (ولأن في تجويزه) ش: عقد الهبة في المشاع م: (إلزامه) ش: أي إلزام الواهب م: (شيئًا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة) ش: لأنه لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة ، فيصير عقد التبرع موجبًا ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضع التبرع .

فإن قيل : هذا ضرر مرضي ، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والصائر من الضرر ما لم يكن مرضيًا .

أجيب بأن : المرضي منه ليس القسمة ، ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيًا بالملك المشاع ، وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ، قيل : هذه العلة غير مطردة ، لأنهم قالوا : لا تجوز الهبة من الشريك وليس ثمة ضرر القسمة ، وكذلك قال أبو حنيفة -رحمه الله - : لا تجوز هبة واحد من اثنين وليس فيه ضرر القسمة .

قلت : وجود العلة تراخي في جنس الحكم لا في كل صورة .

م: (ولهذا) ش: أي ولأن تجويز هذا العقد إلزام ما لم يلتزم م: (امتنع جوازه) ش: أي جواز ثبوت الملك م: (قبل القبض لئلا يلزمه التسليم) ش: وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة م: (بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به) ش: ضرورة م: (ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة) ش: وقد قيل إن هذا الذي ذكره كله مرتب على اشتراط كمال القبض ، وفي اشتراط أصله نظر ، فكيف باشتراط كماله .

والصحيح جواز هبة المشاع ورهنه وإجازته ووقفه كما يجوز بيعه وقرضه والوصية به ، ولا زال الناس على ذلك ولم يرد في رده كتاب ولا سنة ولا إجماع ، فإن طلب الموهوب له القسمة وألزم بها الواهب فهو كما إذا ألزم بها البائع وقد باع حصة عما يملكه ، فكان أن ذلك لا يمنع من صحة البيع وإن كان فيه إلزام بما لا يلتزمه ، فكذلك لا يمنع من صحة الهبة .

م: (والمهايأة تلزمه) ش: هذا جواب سؤال يرد علينا ، تقديره أن يقال ينبغي أن لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة ، لأنه يلزم المهايأة ، وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم . وتقرير الجواب أن المهايأة تلزمه م: (فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) ش: فلم يكن ذلك زمانًا في عين

والوصية ليس من شرطها القبض ، وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ، ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة ، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه ، فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة

ما تبرع ، بل هذه من ضرورات الانتفاع يملكه .

ولقائل أن يقول : إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعًا عن جوازها فقد وجد وإن حصصتم بعودة إلى ما تبرع به كان محكمًا .

والجواب : بتحصيصه بذلك وبدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك ، لأن المهايأة لا تحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له ، وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به ، لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع .

م: (**والوصية ليس من شرطها القبض**) ش: هذا جواب عن قوله كالقبض بالوصية . تقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك م: (**وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها**) ش: يعني وكذا حكم البيع . . . إلى آخره .

أراد به وإن كان القبض فيها شرطًا للملك ، ولكنه م: (**غير منصوص عليه**) ش: فلا يصح نفيه . قلنا : كلامنا فيما يكون القبض منصوصًا عليه لثبوت الملك ابتداء ، وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس فيما نحن فيه ، وكذا الكرام في السلم ، فإن اشتراط قبض رأس المال للاحتراز وهو النسيئة بالنسيئة ، وكذا فسره أبو عبيد القاسم بن سلام -رحمه الله- ، وروى الحديث أيضًا وقال : حدثني زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر -رضي الله عنهما- عن النبي ﷺ أنه نهى عنه(١) .

م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن الأشياء المذكورة م: (**عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة**) ش: يعني تناسب تعلق ضمان القسمة بها ، بخلاف الهبة (**والقرض تبرع**) ش: هذا من تتمة الجواب عن قوله كالقرض والوصية أي القرض تبرع م: (**من وجه**) ش: بدليل أنه لا يصح من الصبي والعبد م: (**وعقد ضمان من وجه**) ش: فإن المستقرض مضمون بالمثل م: (**فشرطنا القبض القاصر فيه**) ش: أي إذا كان كذلك فلشبهة التبرع شرطنا القبض كما في الهبة والشبهة بعقد الضمان لم يشترط القسمة ، وهو معنى قوله م: (**دون القسمة**) ش: كما في البيع ، فاكتفى فيه بالقبض

---

(١) إسناده ضعيف : فموسى بن عبيدة ضعيف ولا سيما في عبد الله بن دينار .

عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه . ولو وهب من شريكه لا يجوز ، لأن الحكم يدار على نفس الشيوع . قال : ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة لما ذكرنا ، فإن قسمه وسلمه جاز ؛

القاصر م: (**عملاً بالشبهين**) ش: وهما شبه التبرع وشبه الضمان، وانتصاب عملاً على التعليل أي لأجل العمل بالشبهين م: (**على أن القبض غير منصوص عليه فيه**) ش: أي في القرض ليراعى وجوده على أكمل الجهات .

م: (**ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع**) ش: هذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم ، تقريره أن يقال عدم جواز الهبة في المشاع لا يخلو من أحد الأمرين ، أما أن يكون دائراً على نفس الشيوع أو على لازم المطالبة بالقسمة إن قلتم بالأول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم .

وإن قلتم : بالثاني يبطل بما إذا وهب نصيبه من شريكه فإنه لا يجوز عندكم ، مع أنه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة .

وتقدير الجواب : أن الحكم معلق بنفس الشيوع في محل يتصور فيه المطالبة بالقسمة ، فأقيم الشيوع مقام المطالبة بالقسمة ، لكن في الموضع الذي يتصور فيه القسمة وهيئة نصيبه من شريكه من هذا القبيل ، فأقيم الشيوع فيه مقامها . وقال الكاكي - رحمه الله - : هذا في الحقيقة جواب عن قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - ، فإن عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة يجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة .

قلت : هذا يفيد ، وإن كان له وجه ، لأن هذا الكلام من تتمة الجواب فيما أورد الخصم علينا على ما لا يخفى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**ومن وهب شقصًا**) ش: بكسر الشين المعجمة وسكون القاف، أي نصيبًا م: (**مشاعًا ، فالهبة فاسدة**) ش: معناه لا يثبت الملك قبل تسليمه مفرزاً لأن الهبة في نفسها جائزة على ما قررناه عن قريب م: (**لما ذكرنا**) ش: من أن الهبة فيما يقسم لا يجوز إلا محرزة مقسومة م: (**فإن قسمه**) ش: أي فإن قسم المشاع وأفرز نصيبه م: (**وسلمه**) ش: إلى الموهوب له م: (**جاز**) ش: أي يثبت الملك حينئذ في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعًا فهلك عند الموهوب له ، ذكر ابن رستم أنه يضمن ولا يفيد الملك وبه أخذ الطحاوي .

وقال عصام : يفيد الملك ولا يكون مضمونه في يده ، وبه أخذ بعض المشايخ ، كذا في

لأن تمامه بالقبض ، وعنده لا شيوع . قال : ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة ، فإن طحن وسلمه لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم ، ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه ، والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما تقدم ، لأن المشاع محل للتمليك ،

«فتاوى قاضي خان» م: (**لأن تمامه بالقبض وعنده**) ش: أي عند القبض م: (**لا شيوع**) ش: فلا فساد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولو وهب دقيقًا في حنطة أو دهنًا في سمسم فالهبة فاسدة**) ش: الأصل هنا أن المحل إذا كان معدومًا حالة العقد لم ينعقد إلا بالتجديد ، بخلاف ما إذا كان مشاعًا فإنه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التجديد على ما يجيء الآن م: (**فإن طحن**) ش: الحنطة م: (**وسلمه**) ش: الدقيق م: (**لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم**) ش: يعني ليس بموجود بالفعل ، وإنما يحدث بالطحن والعصر ولا معتبر بكونه موجوداً بالقوة ، لأن عامة الممكنات كذلك ، ولا تسمى موجودة ، وبهذا مخرج الجواب عن ماقيل ينبغي أن يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقًا بلا اشتراط أن يكون الدهن الصافي أكثر مما في السمسم .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الموهوب معدومًا م: (**لو استخرجه الغاصب**) ش: بأن غصب سمسمًا فاستخرج دهنه فإنه م: (**يملكه**) ش: لأنه وقت الغصب لم يكن موجوداً ، فلم يرد عليه الغصب م: (**والمعدوم ليس بمحل للملك ، فوقع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد**) ش: أي إلا بتجديد العقد م: (**بخلاف ما تقدم**) ش: وهو المشاع ،فإنه لا يحتاج فيه إلى تجديد العقد م: (**لأن المشاع محل للتمليك**) ش: لكونه موجوداً وقت العقد ، ويتصور القبض منه ، لكن لا على سبيل الكمال ، وهذا يصح بيعه بالإجماع والمانع فيه لمعنى في غيره وهو العجز عن التسليم ، فإذا زال المانع انقلب جائزاً . .

وقال الكرخي - رحمه الله - في «مختصره» : ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أو مافي بطن غنمه أو ما في ضروعها ، أو وهب له سمنًا من لبن قبل أن يسلى ، أو زبدًا منه قبل أن يمخض أو دهنًا من سمسم قبل أن يعصر أو زيتًا من زيتون أو دقيقا من حنطة وسلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلك ، فإن ذلك لا يجوز ولا يشبه هذا الدين ولا يسلطه على قبضه ، لأن الدين الذي في ذمة الغريم لم يجز بيعه منه وهبته له وغير ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا فيه ، انتهى .

وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض ، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع ، لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع . قال : وإذاكانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ، لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط ،

م: (وهبة اللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع) ش: يعني لا يجوز كما في المشاع ، وعند الثلاثة يجوز ، ثم عندنا إذا حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحسانًا كما في المشاع إذا وهبه وسلمه ، وكذا لو قطع الثمر والزرع وسلمها م: (لأن امتناع الجواز للاتصال) ش: أي يملك الواهب لا لكون هذه الأشياء معدومة بدليل أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع محل التمليك ، حتى يجوز الصلح عليه عند أبي يوسف - رحمه الله - وبالفصل ينعدم الشيوع .

والأصل في حسم هذه المسائل أن اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض ، والقبض الناقص يمنع صحة الهبة ، فعلى هذا إذا وهب داراً فيها متاع الواهب أو جرابًا أو جرة ألقى فيها طعام الواهب فالهبة فاسدة ، ولا معتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع التسليم فارغًا صغرت أو يعتبر الإذن بالقبض بعد التفريغ .

ولا يكفي قوله سلمتها إليك مع الشغل ، فلو وهب ما في الدار وما في الجراب أو الجوالق من الطعام فالهبة تامة ، لأن الموهوب هنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه ، وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الأصل ، بخلاف المسألة الأولى ، ونظير ما لو وهب جارية وعليها حلي فوهبها دون حليها وسلمها فالهبة تامة ، وكذا الدابة وعليها سرج أو لجام ، أو وهب السرج أو اللجام دون الدابة م: (وذلك) ش: أي الاتصال م: (يمنع القبض كالمشاع) ش: ففي الشائع يمنع ، فكذا في الاتصال .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا كانت العين في يد الموهوب له) ش: بأن كانت وديعة أو عارية أو نحوها م: (ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضًا ، لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط) ش: وهو موجود الأصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز نيابة أحدهما عن الآخر ، وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإن كان الشيء وديعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض ، لأن كلا القبضين ليس ضمانًا فكانا مجانسين . ولو كان بيده مغصوبًا أو ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، لأن في الأعلى ما في الأدنى وزيادة فوجد القبض المحتاج إليه وزيادة شيء .

ولو كانت وديعة فباعه منه فإنه يحتاج إلى قبض ، لأن قبض الأمانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان هذا الذي ذكره في « الذخيرة » وغيره .

بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه . وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ، لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة . ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً ، لأنه في يد غيره أو في

وذكر أبو نصر في شرحه : لو كان مضمونًا في يده أو بالمثل بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن قبض الواهب بالهبة ، ولا بد من تجديد القبض . ولو كان مضمونًا في يد بالقيمة أو بالمثل كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فوهب له ثبت الملك ولا يحتاج إلى تجديد القبض لوجود أصل القبض وزيادة .

فإن قلت : ما معنى تجديد القبض ؟ .

قلت : هو أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها .

م: (**بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة فغير مضمون ، فينوب عنه**) ش: أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون وهو الهبة ، وقد مر مستوفى .

م: (**وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد**) ش: أي بمجرد العقد ، وهذا من مسائل القدوري م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذي وهبه م: (**في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة**) ش: فلا يحتاج إلى قبض آخر ولا يشترط فيه الإشهاد إلا أن فيه احتياطًا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته ، أو جحود بعد إدراك الولد . وقال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض جديد ، أما هل يحتاج إلى القبول لابنه الصغير ، فقال الشافعي والقاضي الحنبلي : لا بد أن يقول- بعد قوله : وهبته له- : قبله ، وظاهر مذهب أحمد لا يحتاج إلى هذا كقولنا . وقال مالك : لو وهبه بمال لا يعرف بعينه كالأثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لا فرق بين الأثمان وغيرها .

م: (**ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده**) ش: أي لأن يد المودع كيد المودع بالكسر حكمًا فيمكن أن يجعل قابضًا لولده باليد التي هي قائمة مقام يده .

فإن قلت : لو وهب الوديعة من المودع يجوز ، فلو كانت يده كيده لم يكن قابضًا لنفسه .

قلت : يده كيده مادام عاملاً له وذلك قبل الهبة ، وأما بعدها فهو عامل لنفسه .

م: (**بخلاف ما إذا كان**) ش: أي الموهوب للابن م: (**مرهونًا أو مغصوبًا أو مبيعًا بيعًا فاسدًا، لأنه في يد غيره**) ش: أي غير الأب فلا ينوب قبض المرتهن والغاصب عن قبض الهبة للولد م: (**أو في**

ملك غيره ، والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له ، وكذلك كل من يعوله .

ملك غيره) ش: وفي «الذخيرة» : أرسل غلامه في حاجة ثم بعد الإرسال وهبه صحت الهبة ، لأنه في يده حكمًا ، فلو لم يرجع حتى مات الأب فهو للولد ولا يصير ميراثًا ، وكذا لو وهب عبدًا آبقًا من ابنه الصغير ، فما دام مترددًا في دار الإسلام تجوز الهبة والأب قابض له بنفس الهبة .

وفي « فتاوى أبي الليث » : وهب لابنه الصغير دارًا مشغولاً بمتاع الواهب جاز ، وفي «المنتقى» عن محمد : لو وهب داره لابنه وفيها ساكن بأجر لا يجوز ، ولو كان بغير أجر يجوز ، لأن في الأول يتبع قبض غيره فيمنع تمام الهبة بخلاف الثاني م: **(والصدقة في هذا مثل الهبة)** ش: أراد أن الصدقة في الحكم المذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق على ابنه الصغير ملكها الابن بعقد الصدقة ، فلو تصدق عليه بما عند مودعه جاز ، بخلاف ما إذا تصدق بما في يد المرتهن والغاصب والمشتري بالشراء الفاسد ، والتعليل هو التعليل .

م: **(وكذا إذا وهبت له أمه وهو)** ش: أي والحال أنه م: **(في عيالها والأب ميت ولا وصي له)** ش: هاتان الجملتان أيضًا حال ، قيد بقوله : في عيالها ؛ ليكون لها عليه نوع ولاية ، وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض م: **(وكذلك كل من يعوله)** ش: يعني كل من يعول الصغير إذا قبض الهبة له يصح كالأخ والعم والأجنبي ، وعند الثلاثة إذا وهب للصبي غير الأب من الأولياء لابد أن يوكل من يقبل له ويقبضه له فيكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع .

وقال ابن قدامة في « المغني » : والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ، قيل : أطلق جواز قبض هؤلاء .

ولكن ذكر في « الإيضاح » و« مختصر الكرخي » : أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه ، والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه . فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيًا ، لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ . ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع ، فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة .

قلت : هذا ليس بإطلاق ، وإنما هو اقتصر في التقييد ، وذلك ، لأن قوله وكذا كل من يعوله عطف على قوله وكذا إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له ، فيكون هذا في

وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب ؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع . وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز ، لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب . وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه لأنه لا يبقى إلا بالمال ، فلا بد من ولاية التحصيل وهو من أهله .

المعطوف أيضًا ، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ، ووصيه كوصي الأب .

م: (**وإن وهب له**) ش: أي للصغير م: (**أجنبي هبة تمت بقبض الأب ، لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع**) ش: الضائر فاعل من ضار يضير والضير والضرر ، وهو لغة من الضور . وفي بعض النسخ الضار بتشديد الراء ، وكلاهما واحد .

م: (**وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو**) ش: أي وليه م: (**وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه جاز ، لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب . وإن كان**) ش: أي اليتيم م: (**في حجر أمه**) ش: أي كنفها وتربيتها م: (**فقبضها له**) ش: أي قبض الهبة لليتيم م: (**جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه**) ش: أي قبض الهبة له من باب الحفظ م: (**لأنه لا يبقى إلا بالمال**) ش: أي لأن حفظ اليتيم لا يبقى بقاؤه إلا بقوت وملبوس م: (**فلابد من ولاية التحصيل**) ش: فلا بد أن يكون بسبيل من التحصيل في حقه ، فصار ذلك من ضروراته . وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه ، لأن له عليه يدًا معتبرة . ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعًا في حقه ، لأنه صار كالخلف ، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل .

وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز ، معناه إذا كان عاقلاً ، لأنه نافع في حقه م: (**وهو من أهله**) ش: أي الصبي من أهل التصرف فيما يتمحض نفعًا له .

وفي « المبسوط » : هذا جواب الاستحسان وهو قولنا ، أما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه وإن كان عاقلاً ، وهو قول الشافعي . وفي رواية عن أحمد إن قبضه بإذن الولي صح ، وعنه كقولنا .

فإن قيل : عقل الصبي إما أن يكون معتبرًا أو لا ، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه ، وإن كان الأول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته .

فالجواب : أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع معتبر لتوفير المنفعة عليه ، وفي اعتبار الخلف توفيرها أيضًا لأنه ينفتح به باب آخر في تحصيلها فكان جائزًا نظرًا له ، وهذا لم

وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة . بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب . بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع حضوره لا ضرورة .

يعتبر في المتردد بين النفع والضر لباب المضرة عليه ، لأن عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر في عواقب الأمور ، فلابد من الأخذ برأي الولي .

م: (**وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف**) ش: بكسر الزاي مصدر من زَفَفتُ العروسَ إلى زوجها ، أي هديتُها م: (**لتفويض الأب أمورها إليه دلالة**) ش: حيث زفها إليه وهي صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال ، لكن لا تبطل بذلك ولاية الأب حتى لو قبضها جاز . وذكر المصنف الزفاف وذكر في «الإيضاح» الدخول .

وفي « الذخيرة » : شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة أن يكون يجامع مثلها حتى لو لم يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها عند بعض أصحابنا ، والصحيح أنه إذا كان يعولها صح قبضه عليها ، يجامع مثلها أو لا لما ذكرنا . ولو أدركت لم يجز قبض الزوج وللأب لأنها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة ، كذا في « المبسوط » .

م: (**بخلاف ما قبل الزفاف**) ش: لأنه قبل الزفاف لا يكون عليها بل مستحقه م: (**ويملكه**) ش: أي يملك الزوج قبض الهبة م: (**مع حضرة الأب**) ش: احترز به عما ذكر في « الإيضاح » : أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حيًا م: (**بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها**) ش: أي غير الأم م: (**حيث لا يملكونها**) ش: أي قبض الهبة لها م: (**إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح**) ش: قيل الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب . قال صاحب «النهاية» : وإنما قلت هذا ، لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد الموت ، أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله : في الصحيح احترازاً عنها .

قلت : كان حق الترتيب في التركيب أن يقول ويملكه مع حضرة الأب في الصحيح ، بخلاف الأم وعبارته لا تخلو عن الإبهام م: (**لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع حضوره لا ضرورة**) ش: احترز بقوله لا بتفويض الأب عن تصرف الزوج لما ذكرنا أن ولاية الزوج بتفويضه أمورها دلالة إليه ، أما قبض غير الأب عليه إنما يصلح للضرورة ، ولا ضرورة عند حضور من له ولاية .

قال : وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقالا : يصح ؛ لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع ، كما إذا رهن من رجلين داراً . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما . ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح . ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك ، لأنه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز ، لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع**) ش: لأن المانع هو الشيوع عند القبض وقد انتفى. ونقل صاحب « الأجناس» عن الأصل إذا وهب رجلان داراً من رجل جاز في قولهم . ولو وهب رجل من رجلين داراً لم يجز في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد: جاز ، وفي الرهن من رجلين جاز في قولهم جميعًا ، وكذلك في الإجارة من رجلين جاز.

م: (**وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا : يصح ، لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع ، كما إذا رهن من رجلين داراً**) ش: فإنه يجوز فالهبة أولى ، لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة ، حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ، وبه قالت الثلاثة .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما**) ش: وهذا يثبت الملك ففي النصف هذا ، وفي النصف هذا بالإجماع م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كون هذه هبة النصف من كل منهما م: (**لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح**) ش: فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة م: (**ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف**) ش: هذا استدلال ثان ، والفرق بين الاستدلالين أن الأول من جانب التمليك ، وهذا من جانب الملك، فإذا ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف م: (**فيكون التمليك كذلك**) ش: أي كالملك يكون لكل واحد منهما النصف م: (**لأنه حكمه**) ش: أي لأن بالتمليك حكم الملك فإذا ثبت الملك مشاعًا ثبت التمليك كذلك ، لأنه حكمه الحكم يثبت بقدر دليله م: (**وعلى هذا الاعتبار**) ش: أي الاعتبار المذكور ، وهو ثبوت الشيوع في التمليك بثبوت الملك مشاعًا م: (**يتحقق الشيوع**) ش: فتفسد الهبة .

فإن قلت : التمليك يحصل بالتسليم ، ولا شيوع فيه دون القبض ، والملك يتعلق بالقبض لبقي الضمان عن المتبرع ، فوجب أن يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض.

قلت : التسليم إنما يعتبر إذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال ، ولأنه طريق

بخلاف الرهن ، لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن . وفي « الجامع الصغير » : إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز . ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز . وقالا : يجوز للغنيين أيضاً جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابتة ، لأن كل واحد منهما تمليك بغير بدل . وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم في الجامع وفي الأصل سوى فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض .

للقبض ، فإذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال يعتبر التسليم .

م: (**بخلاف الرهن**) ش: جواب استشهاد م: (**لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما**) ش: أي من المرتهنين م: (**كملا**) ش: نصب على الحال من الضمير الذي في ثبت ، أي كاملاً ، فإذا كان حكمه الحبس م: (**فلا شيوع ولهذا**) ش: توضيح لما ذكره م: (**لو قضى**) ش: أي المراهن م: (**دين أحدهما لا يسترد شيئًا من الرهن**) ش: لأن حكمه الحبس فيتصور أن يكون ملك الحبس ثابتًا لكل واحد على الكمال إذ لا تضايف في الحبس ، بخلاف ملك العين ، فإنه لا يتصور إثباته لكل واحد على الكمال .

م: (**وفي الجامع الصغير**) ش: إنما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية « المبسوط » م: (**إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز**) ش: عند أبي حنيفة . حاصل هذا أن أبا حنيفة - رضي الله عنه - جعل الهبة مجازاً عن الصدقة إذا صادفت الفقير والصدقة مجازاً عن الهبة إذا صادفت الغني لوجود المجوز إذ كل منهما تمليك بغير بدل .

م: (**وقالا : يجوز للغنيين أيضًا**) ش: يعني كما يجوز للفقيرين مطلقًا فكذلك يجوز للغنيين مطلقًا م: (**جعل**) ش: أي أبو حنيفة - رحمه الله - م: (**كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابتة ، لأن كل واحد منهما**) ش: أي من الهبة والصدقة م: (**تمليك بغير بدل**) ش: فإذا كان كل منهما تمليكًا بلا بدل يجوز استعارة أحدهما عن الآخر لوجود العلاقة م: (**وفرق**) ش: أي أبو حنيفة - رحمه الله - م: (**بين الهبة والصدقة في الحكم**) ش: حيث جواز الصدقة والهبة في الحكم م: (**في الجامع**) ش: حيث جوز الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة على الغنيين .

م: (**وفي الأصل**) ش: أي « المبسوط» م: (**سوى**) ش: أي الحكم م: (**فقال وكذلك الصدقة**) ش: أي لا يجوز الصدقة على رجلين عنده لا يجوز الهبة ، وهذا كما ترى لم يفرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز ، وعلل بقوله م:(**لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما**) ش: أي لتوقف الهبة والصدقة م: (**على القبض**) ش: والشيوع يمنع القبض على الكمال .

ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنـان . وقيل هذا هو الصحـيح والمراد بالمذكور في الأصل الصدقـة على غنيين . ولو وهـب لرجـلين داراً لأحـدهما ثـلثاها ولـلآخر ثلثـهـا لم يجـز عند أبي حنيـفـة وأبي يوسف- رحمهما الله - . وقال مـحمد ـ رحمه الله- يجوز . ولو قال : لأحدهما نصفـها وللآخر نصفها عن أبي يوسف -رحـمه الله- فـيه روايتـان . فأبو حنيـفة -رحمـه الله- مر على أصـله ، وكذا محمد - رحمه الله .

م: (**ووجه الفرق**) ش: أي بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز م: (**على هذه الرواية**) ش: أي رواية الجامع الصغير م: (**أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد**) ش: لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص، فلا شيوع فيهـا ، وإنما يصير الفـقـير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق المودع ، فصار كالهبة إذا وقعت الواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له م: (**والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان**) ش: لأن فرض المسألة فيه م: (**وقيل هذا هو الصحيح**) ش: أي المذكور في الجامع الصغير من جواز الصدقة على فقيرين هو الصحيح ، فإذا كـان هذا هو الصحيح يحتاج ما ذكر في الأصل إلى التأويل ، أشار إليه بقوله م: (**والمراد بالمذكـور في الأصل الصـدقـة على غنيين**) ش: فيكون مجاز الهبة والمجنون ما ذكرناه فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين ، فلا يحتاج إلى الفرق .

م: (**ولو وهب لرجلين داراً لأحدهمـا ثلثاها وللآخر ثلثـها لم يجز عند أبي حنيـفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وقال محمد - رحمه الله -: يجوز**) ش: وبه قالت الثلاثة، التفضيل في الهبة إن كان ابتداء لم يجز بلا خلاف ، سواء كـان التفصيل بالصاد المهملة بالتفضيل كقوله وهبت ثلثيه الآخرأو بالتساوي كقوله للشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك هذا لم يذكره في الكتاب وإن كان بعد الإجمال لم يجز عند أبي حنيفة سواء متفاضلاً أو متساويًا بناء على أصله ، وجاز عند محمد مطلقًا بناء على أصله .

وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة ، ففي المفاضلة لم يجوز . وفي المساواة جوز في رواية ، أشار إليها بقوله : م: (**ولو قال لأحدهما نـصفها وللآخر نصفهـا عن أبي يوسف - رحمه الله - فيه روايتان)** ش: هذا ظاهر كلام المصنف . وجعل السغناقي هذا -أعني : قـوله : ولو قـال إلى آخره- تفضيلاً ابتدائيًا . ونقل عن عامة النسخ من « الذخيرة » و« الإيضاح » وغيرهما : أنه لم يجوز بلا خلاف وليس بظاهر ، لأن المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائيًا .

م: (**فأبو حنيفة - رحمه الله - مر عـلى أصله وكذا محمد - رحمه الله -**) ش: أي وكذا محمد

والفرق لأبي يوسف -رحمه الله- أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض .

مر على أصله ، لأن هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل أو التساوي أولاً ، ألا ترى أن في البيع من رجلين يجعل بيعًا واحدًا منهما نص على التفاضل أولاً فكذا هنا م: (**والفرق لأبي يوسف - رحمه الله -أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع**) ش: هذا دليل على صورة التفصيل بالمهملة بالتفضيل . وعلى صورة بالتساوي على رواية عدم الجواز . وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد -رحمه الله- فليست محتاجة إلى الدليل .

وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قاله السغناقي أن في قوله : إن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصد ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بما ذكر موضع خلافه من الأبعاض وما ليس فيه خلافًا من الأبعاض فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيص بعد الإجمال، كما في قوله : وهبت لكما هذه الدار نصفها ، ولهذا نصفها جاز ، وإنما لا يجوز عند التنصيص على الأبعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الإجمال ، ووجهه ظهور خلله أنه إنما يستدل على ما عدل فيه عن أصله ، والمذكور في الكتاب يدل عليه ، وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة إلى الدليل لجريانها على أصله .

م: (**ولهذا**) ش: توضيح لدلالة التنصيص على الأبعاض على تحقيق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن ، فقال وهذا م: (**لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض**) ش: بأن قال : رهنتكما هذا الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا ، والنصف الآخر عند هذا كان فاسداً ، لأن بالتفصيل يتفرق العقد ، فكذا ها هنا ، أما إذا نص على التناصف فقد أمكن تصحيح العقد يجعل هذا مجازاً عن موجب العقد ، لأن مطلق العقد يقتضيه ، فلا يكون حاله التفصيل مخالفًا لحالة الإجمال فيصير التفصيل لغواً فلا يختلف العقد، فلم يعتبر شيوعًا في العقد ، بخلاف ما إذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد ، لأن التفصيل يخالف الإجمال فيجب اعتباره فيفرق العقد .

وفي « الأسرار » : وكلام محمد أوضح لأن افتراق الملك في الهبة ثابت بنفس العقد ها هنا ولا يثبت بالتفصيل كما لو قال نصفين وإنما يثبت بالتفصيل التفاضل في النصيب والمبطل للهبة نفس الشيوع لا شيوع بأنصبة متفاوتة .

قال الكاكي : وتأخير دليل محمد -رحمه الله-في« المبسوط »دليل على اختياره قول محمد-رحمه الله -وفي «نوادر ابن رستم» عن محمد-رحمه الله- : لو دفع درهمين فقال :

....

أحدهما لك هبة والآخر يكون عندك وديعة فضاعا جميعًا يضمن درهمًا ، وهو في الآخر أمين ، وإنما ضمن الدرهم الهبة لأنه أخذ على فساده ، لأن الهبة كانت غير مقسومة ، وهكذا نقل في «الأجناس » من «النوادر» وهذا يشعر بأن الهبة الفاسدة مضمونة لا يملكها الموهوب له . ألا ترى إلى ما ذكر في المضاربة الكبير ة ، ولو دفع ألف درهم إلى رجل وقال نصفه هبة ونصفه مضاربة لم يجز الهبة ، لأنه مشاع ، ولو هلك عند القابض ضمن النصف وهو خمسمائة درهم .

وقال الولوالجي في « فتاواه » : رجل معه درهمان قال لرجل لك نصف هذا وقال آخر لك درهم منهما فالمسألة على وجهين إن كانا مستويين لا تجوز الهبة ، وإن كانا مختلفين تجوز والفرق في[. . . .] تناولت الهبة أحدهما وهو مجهول . وفي الثاني تناولت قدر درهم منهما مشاع لا يحتمل القسمة . وقال فيها أيضًا رجلاً وهب لرجلين درهمًا صحيحًا تكلموا فيه ، قال بعضهم : لا يجوز ، لأن تنصيف الدراهم لا يضر ، فكان مشاعًا يحتمل القسمة ، والصحيح أنه لا يجوز لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة ، فكان مشاعًا لا يحتمل القسمة .

وفي «التقريب » للقدوري : قد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لرجلين وهبت منكما هذه الدار لهذا نصفهما صحت الهبة ولو قال وهبتك منك نصف هذه الدار ومن الآخر نصفها لم تصح الهبة لأن في الأول أوقع العقد صفقة ، ثم فسر مقتضى الصفقة في القسمة . وفي الثاني فرق أحد الإيجابين عن الآخر .

وفي «التحفة» : هبة رجل من رجلين على أربعة أوجه ، أحدها : أن يكون العقد مختلفًا ، والقبض مختلفًا . ثانيًا : أن يكون العقد معًا والقبض مختلفًا وكلاهما لا يجوز . وثالثها : أن يكون العقد مختلفًا والقبض مغاير . ورابعًا : أن يكون كلاهما معًا فإن يقولا قبلناها وقبضناها فهما لا يجوز عند أبي حنيفة خلافًا لهما ، وهبة العين الواحدة لاثنين من اثنين لا يجوز عنده خلافًا لهما . ولو كان من واحد لثلاثة جاز عنده خلافًا لهما . قال صاحب « المجتبى » : وفيه نظر . ولو وهب لابنيه صغير وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض .

***

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال : وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها . وقال الشافعي : لا رجوع فيها لقوله عليه السلام: « لا يرجع الواهب في الهبة إلا الوالد فيما يهب لولده » ،

م: **(باب ما يصح رجوعه وما لا يصح)**

ش: لما كانت الهبة غير لازمة حتى صح الرجوع فيها احتاج إلى بيان مواضع الرجوع بعقد باب علمها .

م: **(قال : وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها)** ش: أى في الهبة ، والمراد الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان دون الأقوال . ولصحة الرجوع قيود .

الأول : أن يكون لأجنبي وهو ها هنا من لم يكن ذا رحم محرم منه ، فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الأعمام والأخوال ومن كان محرمًا ليس بذي رحم كالأخ الرضاعي .

الثاني : أن يكون قد سلمها إليه لأنه قبل التسليم يجوز مطلقًا .

الثالث : أن لا يقترن بشيء من موانع الرجوع ، ولعله لم ينبه على القيدين الأخيرين اعتمادًا على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه .

م: **(وقال الشافعي : لا رجوع فيها لقوله عليه السلام « لا يرجع الواهب في الهبة إلا الوالد فيما يهب لولده »)**[1] ش: وبقوله قال مالك وأحمد في ظاهر مذهبه ، وفي هبة الوالد لولده عن أحمد في رواية لا يرجع . وعن مالك : إذا رغب راغب في مواصلة الولد بسبب المال الموهوب بأن زوج لأجله أو جهز لابنته لا رجوع فيه . وكذا إذ انتفع الولد به ، وفي غير ذلك له الرجوع . وللشافعي في غير الأب من الأصول قولان : أحدهما : لا رجوع لأن الخبر ورد في الأب ، وأصحهما أنهم كالأب . وعن مالك لا رجوع لهم سوى الأم . وقال أحمد : لا رجوع لها أيضًا فأما غير الأصول من الأقارب كالأخ والعم وسائر الأقارب كالأجنبي .

وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب « التفريع » : وكل من وهب هبة فليس فيها رجعة إلا

---

(١) حسن : أخرجه أبو داود (٣٥٣٩) ، والترمذي (٢٢٣٠) ، والنسائي (٣٤٦٤) ، وابن ماجة (٢٣٧٨) ، والحاكم (٢/ ٤٦) وقال : صحيح الإسناد من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر وابن عباس . . . مرفوعًا . وقد خالف حسين المعلم عامر الأحول والحجاج بن أرطاة وأسامة بن زيد فرووه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

قلت : وحسين المعلم أحفظ لعلهم سلكوا الجادة فرووه بالإسناد المشهور عن عمرو بن شعيب ، وعامر الأحول والحجاج وأسامة ضعفاء .

ولأن الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده ، بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءًا له . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها »

للوالدين خاصة ، فإن لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم يتداين أو يتزوج ، فإن تداين أو تزوج لم يكن للوالدين في الهبة رجعة ، فإن تغيرت الهبة عند الولد فليس للوالد فيها رجعة ، وإن باعها الولد وأخذ ثمنها لم يكن للوالد إلى الثمن فيها سبيل ، انتهى .

وفي « وجيز الشافعية » : ولا رجوع فيها إلا للوالد فيما يهب لولده ، وفي معناه الولد والجد وكل أصل . وقيل : إنه يختص بالأب ، وإن تصدق الأب عليه لفقره ففي الرجوع خلاف، وتلف الموهوب أو زال ملك المتهب فات الرجوع ولا يثبت طلب القيمة ، وقال المزني : لا يحل لواهب أن يرجع في هبته وله أن يرجع في هديته ، وإن لم يثبت عليها إلا الأب .

وأما الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - عن النبي عليه السلام قال : « **لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع فأتم عاد في قيئه** ». قال الترمذي - رحمه الله - : حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال : حديث صحيح الإسناد ، ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه .

م: (**ولأن الرجوع يضاد التمليك ، والعقد لا يقتضي ما يضاده**) ش: فوجب أن يلزم كالبيع م: (**بخلاف هبة الوالد لولده على أصله**) ش: أي على أصل الشافعي ، فإن من أصله أن للأب حق الملك في مال ابنه ، لأنه جزؤه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه . وقوله بخلاف إلى آخره جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد ، وتقريره إياك نسلم ذلك م: (**لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءًا له**) ش: لأن الولد كسبه أو بعضه فلم يتم التمليك كما في الزكاة .

م: (**ولنا قوله عليه الصلاة و السلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها »**)[1] ش: قال

---

(١) ضعيف جدًا : رواه ابن ماجة (٢٣٨٧) ، والدارقطني (٣/ ٤٣) ، من طريق إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع ابن جارية ، عن عمرو بن دينار ، عن أبي هريرة . . . مرفوعًا . وإبراهيم بن إسماعيل ضعيف .

وأخرجه الدارقطني (٣/ ٤٤) ، من طريق إبراهيم الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس مرفوعًا .

قلت : وإسناده منكر ضعيف فيه العزرمي وقد ضعفوه ، والأسلمي وهو متهم .

ورواه الحاكم (٢/ ٥٢) ، والدارقطني (٣/ ٤٣) ، من طريق عبد الله بن موسى ثنا حنظلة بن أبي سفيان ، قال : سمعت سالم بن عبد الله يحدث عن ابن عمر . . . مرفوعًا . =

....

الأترازي : فيه نظر ، لأنه من كلام علي - رضي الله عنه - لا من كلام النبي عليه السلام ، وقد مر ذكره ، وأشار به إلى ما ذكره قبل هذا . وحديث الطحاوي عن سليمان عن عبدالرحمن بن زياد عن شعبة عن جابر الجعفي قال : سمعت القاسم بن عبد الرحمن عن عبدالرحمن بن أبزى عن علي قال : الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها .

وحديث الكرخي في « مختصره » قال : حدثنا الحضري قال حدثنا يحيى قال : حدثنا شريك عن جابر عن القاسم عن ابن أبزى عن علي - رضي الله عنه - قال : «الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها » .

قلت : كيف يقول الأترازي فيه نظر ، فكأنه لم يطلع على كتب القوم . وهذا الحديث قد رواه أبو هريرة وابن عباس وابن عمر - رضي الله عنهم .

أما حديث أبي هريرة : فأخرجه ابن ماجة في « الأحكام » عن إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع بن جارية عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « **الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها** » . وأخرجه الدارقطني في «سننه» وابن أبي شيبة في « مصنفه » .

وأما حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - : فله طريقان : أحدهما : عند الطبراني في «معجمه» ، حدثنا محمد بن عثمان بن أبي شيبة حدثني أبي قال : وجدت في كتاب أبي عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « **من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثب منها ، فإن رجع في هبته فهو كالذي يقيء ثم يأكل قيئه** » . الطريق الثاني : عند الدارقطني في «سننه» عن إبراهيم ابن أبي يحيى الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : « **من وهب هبة فارتجع فيها فهو أحق بها ما لم يثب منها ، ولكنه كالكلب يعود في قيئه** » .

وأما حديث ابن عمر - رضي الله عنه - : فرواه الحاكم في « المستدرك» حدثنا أحمد بن حازم بن أبي عزرة حدثنا عبيد الله بن موسى حدثنا حنظلة بن أبي سفيان قال : سمعت سالم بن عبد الله يحدث عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال : « **من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها** » وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، إلا أن يكون الحمل فيه على شيخنا ، ورواه الدارقطني في «سننه» .

= قال البيهقي : وقد غلط فيه عبد الله بن موسى ، والصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر . . . مرفوعًا .

أي ما لم يعوض ، ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة ، فثبت له ولاية الفسخ عند فواته ؛ إذ العقد يقبله .

فإن قيل : قد قال البيهقي غلط فيه عبيد الله بن موسى ، والصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر - رضي الله عنهما - من قوله ، وإسناد حديث أبي هريرة أليق ، إلا أن فيه إبراهيم بن إسماعيل وهو ضعيف عند أهل الحديث، فلا يبعد منه الغلط ، والصحيح رواية سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر فرجح الحديث إلى عمر - رضي الله عنه - من قوله وقال ابن القطان في طريق الطبراني : هو لم يصل إلى العزرمي إلا على لسان كذاب وهو إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي ، فلعل الخيانة منه .

قلت : حديث ابن عمر صحيح مرفوعًا ، ورواته ثقات ، كذا قال عبد الحق في « الأحكام» ، وصححه ابن حزم ، وكذا قال الحاكم كما ذكرنا ، وقد توبع راويه كما أخرجه الدارقطني عن إسماعيل الصفار عن علي بن سهل عن عبيد الله ، فلا حمل على شيخ الحاكم ، ولا نسلم للبيهقي أنه وهم ، بل يحمل على أن لعبيد الله فيه إسنادين ولا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة ، لأن ذلك لا يصح ، لأن قوله أحق يدل على أن لغيره حقًا فيها ، ولا حق لغيره قبل التسليم . ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة ، إذ هو أحق قبله وإن شرط العوض .

م: (**أي ما لم يعوض**) ش: هذا ليس من الحديث ، بل هو تفسير لقوله ما لم يثب وهو على صيغة المجهول من الإثابة وهو التعويض ، وأصله من الثوب وهو الرجوع . يقال ثاب الرجل يثوب ثوبًا وثوبانًا .

م: (**ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت له ولاية الفسخ عند فواته**) ش: أي فوات المقصود م: (**إذ العقد يقبله**) ش: أي الفسخ ، قيل فيه نظر ، لأن المقاصد بالهبات مختلفة ، فقد يكون المقصود مكافأة الموهوب عن إحسانه ، وقد يكون الحامل على الهبة مجرد المحبة ، وقد يكون المقصود نسج المودة أو النفع بالبدن أو بالجاه ، وتسمى رشوة أو العوض المالي وليس القصد منحصراً في التعويض بالمال ، حتى يقال إنه إذا لم يثب من الهبة بالمال ، والتعويض غير مشروط أنه يجوز الرجوع فيها ، ويمكن أن يجاب عنه بأن المقصود غالبًا هو العوض المالي ، أشار إليه بقوله العادة يعني عادة الناس غالبًا من هباتهم التعويض بالمال . ولهذا يقال - الأبادي فروض - وقد تأبدت بالشرع ، قال عليه السلام : « **تهادوا تحابوا** »[1] والمعروف كالمشروط ، والتفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين .

---

(١) ضعيف : تقدم تخريجه .

والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع وإثباته للوالد ؛ لأنه يتملكه للحاجة ، وذلك يسمى رجوعاً، وقوله في الكتاب : فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » ،

فإن قيل : يشكل على هذا ما إذا وهب لعبد ذي الرحم المحرم ، فإن له أن يرجع على قول أبي حنيفة ومع أنه ليس من أهل التعويض . وكذا في هبة الفقير .

قلت : هو من أهل أن يعوض بمنافعه التي توجد منه ومن أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى . وأما الهبة للفقير فعبارة عن الصدقة ، وقال صاحب « العناية » : لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه ، وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه .

قلت : فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوض.

م: (**والمراد بما روي**) ش: أراد به الحديث الذي احتج به الشافعي وهو على صيغة المجهول ويجوز صيغة المعلوم بأن يكون الشافعي أعله ، وأشار بهذا الكلام إلى الجواب عن هذا الحديث.

تقريره أن المراد به م: (**نفي استبداد الرجوع**) ش: أي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك ، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء ولا رضى ، وهو معنى قوله م: (**وإثباته**) ش: أي إثبات الرجوع م: (**للوالد ؛ لأنه يتملكه للحاجة**) ش: أي يتملك الرجوع عند حاجته من غير مانع لما ذكرنا م: (**وذلك يسمى رجوعًا**) ش: أراد أن رجوع الوالد عند الحاجة إنما يسمى رجوعًا باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعًا في الحكم.

قيل : فيه نظر لأن النبي عليه السلام أطلق استثناء الوالد ولم يقيد جواز رجوعه فيما وهب لولدها لحاجة فيجب إجراؤه على إطلاقه ، وليحصل الفرق بين أخذ من مال ولد ورجوعه فيما وهبه إياه .

وتأويل آخر أن المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروءة ، وهذا جاء في أكثر الروايات بلفظ لا يحل ، فكان بمنزلة قوله عليه السلام : « **لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره جنبه طاو** » أي لا يليق ذلك ديانة ومروءة . وإن كان جائزًا في الحكم إذا لم يكن عليه حق واجب ، وهكذا يقول لا يليق الرجوع ديانة ومروءة ، فيكون مكروهًا .

م: (**وقوله في الكتاب**) ش: أي قول القدوري في كتابه م: (**فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة**) ش: أي في الرجوع م: (**فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام : « العائد في هبته كالعائد في قيئه»**) ش: هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس عن النبي عليه السلام قال : « **العائد في هبته كالعائد في قيئه** » زاد أبو داود قال قتادة : ولا نعلم القيء إلا حرامًا .

وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ، ذكر بعضها فقال : إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود

وأما في بعض نسخ الهداية : « **العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه** » وهو كذلك في غالب كتب أصحابنا . وهكذا أخرجه البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال : « **العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه** » .

م: (**وهذا**) ش: أي تشبيه النبي عليه السلام م: (**لاستقباحه**) ش: واستقذاره لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي ، ألا ترى أنه قال في رواية أخرى : « **كالكلب يعود في قيئه** » ، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول إنه يستقبح .

قيل : قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ، ثم يشترطون في جوازه الرضى أو القضاء ، وإذا كان الرجوع بالرضى فلا كلام فيه ، ولا إشكال ، وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية ، وكيف يكون إعانة على المعصية التي هي معصية أخرى نتيجة للجواز .

وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك ، لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال . وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه ، فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً ، والقاضي غير مشرع .

وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في الأصل الرجوع في الهبة واه فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واه ضعيف مكروه ، ولا يقال إن اشتراط القضاء ليرتفعَ الخلاف ، لأن القضاء في مسائل الخلاف إنّما يشترطه المخالف في ثبوت الحكم .

م: (**ثم للرجوع موانع ذكر بعضها**) ش: أي ذكر القدوري بعض الموانع ، قيل الموانع سبعة جمعها القائل في قوله : موانع الرجوع في فصل الهبة بسبعة حروف ، دمع خزقه ، فالدال الزيادة ، والميم موت الواهب ، والعين العوض ، والخاء الخروج عن ملك الموهوب ، والزاي الزوجية ، والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب . وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في « مبسوطه » أن الموانع تسعة ، وذلك لأن الموت على قسمين ، موت الواهب وموت الموهوب له ، والتاسع التغير من جنس إلى جنس .

م: (**فقال**) ش: أي القدوري : م: (**إلا أن يعوضه عنها**) ش: أي إلا أن يعوض الموهوب له الواهب عن الهبة م: (**لحصول المقصود**) ش: لأن مقصوده كان التعويض وقد حصل ، قال أصحابنا : إن العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد ، فأما إذا عوضه بعد العقد لا يسقط الرجوع لأنه غير مستحق على الموهوب له ، وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة وليس كذلك إذا شرطت في العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم

البيع وتتعلق به الشفعة ويرد بالعيب ، فدل ذلك أنه قد صار عوضًا عنها .

وذكر في « التحفة » : فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء م: (**أو تزيد**) ش: أي العين الموهوبة م: (**زيادة متصلة**) ش: كالغرس والبناء والسمن ، وبه قال أحمد في رواية، وفي أخرى : لا يمنع الرجوع في هبة الوالد لولده .

وقال الشافعي: لا تمنع هذه من الرجوع في موضع الرجوع . وفي « الروضة »: إن كانت الزيادة متصلة كالولد والكسب رجع في الأصل وبقيت الزيادة للمتهب ، ولو كان الموهوب ثوبًا فضيعه الابن رجع في الثوب ، والابن شريك في الصبغ ، ولو قصره أو كان حنطة فطحنها، أو غزلاً فنسجه ، فإن لم تزد قيمته رجع ولا شيء للابن وإن زادت . **فإن قلنا** : القصارة عين فالابن شريك ، وإن قلنا أثر فلا شيء له ، ولو كان أرضًا فبنى فيها أو غرس رجع الأب في الأرض ، وليس له قطع البناء والغراس مجانًا ، لكنه يحرس إلا لبقاء بأجرة ، أو التمليك بالقيمة أو القلع ، وغرامة النقض كالعارية . انتهى .

ومذهب مالك في هذا الفصل أنه يمنع الرجوع كمذهبنا . وقال في «الجواهر» ولو زادت أي العين الموهوبة في عينها أو نقصت منع ذلك في الرجوع فيها . وقال مطرف وابن الماجشون لا يمنع ذلك من اعتبارها ، وفيه أيضًا وبغير الهبة في قيمتها تتغير الأسواق لا يمنع من الرجوع فيها . انتهى . وإنما قيد بقوله متصلة لأن المنفصلة لا تمنع الرجوع بلا خلاف ، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع .

وفي « الذخيرة »: لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها دون الولد . قال أبو يوسف : إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها ، والمراد بالزيادة في نفس الموهوب له شيء يوجب زيادة في قيمته ما لو زاد في نفسه ولم يوجب ذلك زيادة في قيمته ، كما لو طال الغلاء لا يمنع أيضًا تلك الزيادة يوجب نقصًا فيه فلا يمنع الرجوع والزيادة من حيث السعر لا يمنع أيضًا ، وكذا الحكم في جميع الحيوانات والثمار وغير ذلك ذكره في «المحيط » .

فإن قيل : ما الفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس ؟ .

أجيب : بأن الرد في المنفصلة ، إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعًا أو على الأصل ووجد لا سبيل إلى الأول ، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والأول أصح ، لأن العقد لم يرد عليها ، والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني ، لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة ، ولا إلى الثاني لأنه يبقى الزيادة في يد المشتري مجانًا وهو ربا .

لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ، ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد. قال : أو يموت أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة، فصار كما إذا انتقل في حال حياته ،

بخلاف الرجوع في الهبة ، فإن الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانًا لم تفض إلى الربا ، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فيه إسقاط حقه برضاه ، فلا تكون الزيادة مانعة عنه ، بخلاف الرجوع في الهبة ، فإن الرجوع ليس برضى ذلك وباختياره فكانت مانعة .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لا وجه إلى الرجوع فيها**) ش: أى في العين الموهوبة م: (**دون الزيادة لعدم الإمكان**) ش: الفصل م: (**ولا مع الزيادة**) ش: أي لا وجه للرجوع أيضًا مع الزيادة م: (**لعدم دخولها تحت العقد**) ش: أي لعدم دخول الزيادة في العقد ، وليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها ، والفصل غير ممكن ليرجع في الأصل دون الزيادة ، فامتنع الرجوع أصلاً .

فإن قلت : حق الرجوع ثابت في حق الأصل فيسري إلى أوصافه .

قلت : ثبوت الحكم في التبع ثبوته في الأصل ، لأنه عرض قائم بالواهب وليس بوصف للمحل ، ولا يقال الملك لا يوصف للزوم من أوصافه . وفي « الذخيرة »: الزيادة من حيث الشعر لا تمنع ، لأنها ليست بزيادة في العين بل هي زيادة رغبات الناس، والعين بحالها ، ولو علمه القرآن أو الحرفة أو أسلم أو قضى دينه فهذا لا يمنع عند أبي حنيفة وزفر - رحمهما الله - لأنها ليست بزيادة في العين كالشعر . وعند أبي يوسف ومحمد وأحمد - رحمهم الله - يمنع لأنها زيادة معنوية . ولو اختلفا في الزيادة فالقول للواهب لأنه ينكر لزوم العقد. وعند زفر القول للموهوب له لأنه ينكر حق الواهب في الرجوع .

م: (**قال أو يموت أحد المتعاقدين ، لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة ، فصار كما إذا انتقل في حال حياته**) ش: لأن الثابت للوارث وإن كان له حكم البقاء فيما يرجع إلى المحل حتى يرد بالعيب ويرد عليه ، ولكن في حق المالك هو ملك جديد لأنه صار له بعد أن لم يكن .

وهنا يجب الاستبراء أو يحل له لو كان صدقة ، فصار كأنه انتقل إليه في حال حياته ، فيمنع الرجوع وبهذا أخرج الجواب عما يقال لم يجعل موت المورث في حق خيار العيب بمنزلة انتقال الملك إلى الورثة وجعل ها هنا بمنزلة انتقاله إليهم .

وتحقيق الجواب : أن التوريث إنما يجري في الأعيان لا في الأوصاف ، وفي خيار العيب يستحق المورث سليمًا والذي اشتراه معيبًا وهو الذي انتقل إلى وارثه ، فيكون له الخيار في

وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد ، إذ هو ما أوجبه قال : أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له ؛ لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه . قال : فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكانًا أو أريًا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها ؛ لأن هذه زيادة متصلة . وقوله : «وكان ذلك زيادة فيها »

العين . وأما ها هنا فليس له ذلك لأنه يؤدي إلى توريث الخيار وهو وصف محض فلا يصح .

م: (**وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه**) ش: أي ما أوجب الملك للموهوب له ، فلا يكون له حق الرجوع بالنص ، لأنه أوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**أو يخرج الهبة**) ش: أي العين الموهوبة وفي بعض النسخ أو يخرج الموهوب م: (**عن ملك الموهوب له ، لأنه حصل بتسليطه**) ش: أي لأن خروج ملك الواهب عن ملك الموهوب له حصل بتسليط الواهب م: (**فلا ينقضه**) ش: لأن سعي الإنسان في نقص ما تم من جهته مردود ، م: (**ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه**) ش: وهو التمليك ، وتبدل الملك كتبدل العين لم يكن له الرجوع ، فكذا في تبديل السبب .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**فإن وهب لآخر أرضًا بيضاء**) ش: أراد به أرضًا خالية مكشوفة عن الشواغل م: (**فأنبت**) ش: أي الموهوب له م: (**في ناحية منها نخلاً أو بنى بيتًا أو دكانًا**) ش: وهي مصطبة مرتفعة وعرف الناس الدكان هو الذي يسكنه السوقي وهو معروف م: (**أو أريًا**) ش: بفتح الهمزة وكسر الراء وتشديد الياء آخر الحروف ، وهو العلف عند العامة وهو مراد الفقهاء ، والأري في اللغة مجلس الدابة ، وقد يسمى الآخر « رايًا » وهو حبل يشد الدابة في مجلسها ، وهو في التقدير فاعل والجمع « الأراري » يخفف ويشدد بقول منه أرأيت للدابة تارية وتاري .

وبالمكان إذا قام به م: (**وكان ذلك**) ش: الواو للحال ، والتقدير والحال أنه قد كان ذلك ، والإشارة إلى المذكور من قوله : أنبت في ناحية منها نخلاً إلى آخره .

وفي « الذخيرة » : وإن كان ذلك لا يعد زيادة كالأري أو يعد نقصانًا كالتنور في الكشانية لا يمنع الرجوع ، قيد به لأن ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها .

م: (**زيادة فيها**) ش: أي في الأرض ، وقد أعاد بعض الشراح الضمير إلى الدار وليس كذلك ، لأن المذكور هو الأرض ، وإنما حمله على ما ذكره في « الجامع الصغير» لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه .

إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً ، وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال : فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع ، وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كلها ، فكذا في نصفها بالطريقة الأولى

وقوله : وكان ذلك فيما يريد بهذا إن بنى دكانًا بعد ذلك زيادة في الدار ، وهذا لأن الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار ، فإنه يزداد قيمة بها كل الدار ، كما إذا كان في أجدر عينها بياض فتزال البياض فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية وإن كان في موضع خاص كذلك م: (**فليس له أن يرجع في شيء منها ، لأن هذه زيادة متصلة**) ش: فالاتصال يمنع الرجوع .

م: (**وقوله : « وكان ذلك زيادة فيها » إشارة**) ش: بهذا إلى بيان فائدة التقييد في الجامع الصغير بقوله وكان ذلك زيادة فيها م: (**إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها**) ش: أي في غير القطعة التي فيها الزيادة .

وقال شيخ الإسلام علي الدين الأسبيجابي في شرح « الكافي » : وهو إذا كانت الأرض صغيرة يزيدها الغرس ، فأما إذا كانت كبيرة وغرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في المكان الذي غرس فيه الأشجار فيكون وضع مسألة الكتاب في الأرض الصغيرة .

قال : وإن كانت الهبة داراً فانهدم البناء كان له أن يرجع في الباقي ، لأن هذا نقصان في الهبة ، والنقصان لا يمنع الرجوع .

وكذلك إذا استهلك بعض الهبة ببيع أو غيره ينقطع حقه في المسجد أو وضع فيه سواري أو بابًا أو حصى ليس له الرجوع ، لأنه يترك عادة .

ولو وضع فيه حبًا أو علق قنديلاً له الرجوع . والنقل والنقب في اللؤلؤة إن كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع .

ولو وهبه عبدًا صغيراً شاخ ونقصه قيمته سقط الرجوع ، لأنه زاد في يده ولو ازدادت قيمته بالنقل إلى بلد آخر سقط بخلاف ما إذا غلا السعر .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**فإن باع نصفها غير مقسوم**) ش: أي إن باع الموهوب له نصف الأرض الموهوبة حال كونه غير مقسوم م: (**رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع شيئًا منها له أن يرجع في نصفها ، لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريقة الأولى**) ش: هذا كله ظاهر غني عن زيادة البيان .

وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا يرجع فيها ؛لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها »

م: (**وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها**) ش: وبه قالت الثلاثة ، وفي هبة أحد الزوجين لآخر لا رجوع فيها أيضًا ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي أخرى يرجع في هبة المرأة لزوجها دون العكس . م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها »**) ش: هذا الحديث أخرجه الحاكم في « مستدركه » في البيوع والدارقطني والبيهقي في « سننهما » عن عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ : « **إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها** »[1] .

فإن قلت : هذا الحديث ضعفه البيهقي ، وقال ابن الجوزي في التحقيق : وعبد الله بن جعفر هذا ضعيف .

قلت : قال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه، ولكن الشيخ تقي الدين تعقبه في الإلمام ، وقال : بل هو على شرط الترمذي .

وخطأ صاحبُ « التنقيح » ابنَ الجوزي في تضعيفه عبد الله بن جعفر وقال: بل هو ثقة من رجال الصحيحين ، ورواة هذا الحديث كلهم ثقات .

فإن قلت : قال البيهقي : حديث الحسن عن سمرة هذا ليس بالقوي .

قلت : قد ذكر هو في كتاب «البيوع» في سننه حديث الحسن عن سمرة أنه عليه السلام نهى عن بيع الشاة ، وصحح إسناده ، وقال : قد احتج البخاري بالحسن عن سمرة .

فالعجب كل العجب من البيهقي إذا كان الحديث له يصححه بالإسناد الذي يضعفه عند كونه عليه ، والعجب أيضًا من بعض من يتصدى في إلقاء الأنظار في هذا الكتاب أنه قال : هذا الحديث ضعفه البيهقي وسكت على هذا ، ومضى ظانًا أنه نظر .

والعجب أيضًا من الأترازي مع دعواه العريضة في الحديث حيث قال في شرحه مثل هذا في قول عمر ، وكذلك قال الكاكي ، ثم روى حديث آخر ضعيفًا وسكت عن الصحيح وانتصر بالضعيف .

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٢) ، والدارقطني (٣/ ٤٤) ، والبيهقي (٦/ ١٨١) من طريق عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة ، عن قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعًا ، قال الدارقطني : تفرد به عبد الله بن جعفر ، قال الحافظ البيهقي : لم يكتبه إلا بهذا الإسناد وليس بالقوي .

ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل . وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ؛ لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة . وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها ، ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع . قال : وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود ،

م: (**ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل**) ش: لأن كل عقد أفاد المقصود يلزم ، فإن وهب لقن أخيه أو لأخيه القن يرجع خلافًا لهما في الأولى م: (**وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر ، لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة**) ش: يعني أن ما يهبها من الزوجين للآخر نظير القرابة بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب وعدم قبول الشهادة م: (**وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد ، حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها**) ش: لوقوع الهبة لأجنبية ، وكان مقصوده الغرض ولم يحصل .

م: (**ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع**) ش: لأنها وقت الهبة زوجته ، وفي جامع قاضي خان : وهبت لزوجها ضيعة على أن لا يطلقها وقتًا معلومًا فطلقها قبله فالهبة باطلة ، وإن لم يوقت ثم طلقها بعده فالهبة صحيحة ، لأنه وفى بالشرط .

وقال الإمام الأسبيجابي في شرح « الكافي » : رجل وهب لامرأة هبة ثم تزوجها فله أن يرجع فيها ، لأنه لم يقع مجازاة ولا صلة ، وإن وهب لها هبة ثم أبانها لم يكن له أن يرجع فيها لأنه حصل المقصود بهذه الهبة وهو تحقيق الصلة حال وقوعها فبطل حق الرجوع .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا قال الموهوب له للواهب : خذ هذا عوضًا عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود**) ش: الشرط فيه أن يعلم أنه عوض هبة ، فإذا لم يعلم أنه عوض هبة فإذا لم يعلم فله الرجوع في هبته والموهوب له في عوضه .

وفي « جامع قاضي خان » و« الفتاوى » : وصورة التعويض أنه يذكر لفظًا يعلم الواهب أنه عوض هبة بأن يقول الموهوب له خذ هذا عوضًا أو جزاء هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك ، أما إذا لم يعلم كان لكل منهما الرجوع .

وفي « المبسوط » : سواء كان العوض شيئًا قليلاً أو كثيرًا من جنس الهبة أو ممن غير جنسها لأنها ليست معاوضة محضة ، فلا يتحقق فيه الربا ، ولابد أن يكون العوض من مال هو غير الموهوب حتى لو عوض شيئًا من الموهوب بأن كانت الهبة ألف درهم واحد من تلك الدراهم لا يجوز ، وكذلك لو كانت الهبة دارًا والعوض بيت منها لا يجوز ، وعند زفر يجوز ويشترط

وهذه العبارات تؤدي إلى معنى واحد ، وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح .

شرائط الهبة في العوض في القبض والإقرار لأنه تبرع م: (**وهذه العبارات تؤدي إلى معنى واحد**) ش: لأن هذه الألفاظ كلها تدل على المكافأة ، فحصل مقصود الواهب وانقطع الرجوع .

م: (**وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعًا**) ش: أي حال كونه متبرعًا ، هذا ليس بقيد فإن الحكم في غير المتبرع كذلك ، حتى لو عوضه الأجنبي بأمر الموهوب له عوضه بشرط أن يرجع على الموهوب له بطل الرجوع ، وإنما ذكره ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الأولى، ولكن لو عوضه بأمر الموهوب له لا يرجع بالعوض عليه إلا أن يضمنه الموهوب له صريحًا ، بخلاف قضاء الدين ، فإنه لو قضى دينًا آخر بأمره يرجع عليه سواء ضمنه صريحًا أو لا .

والفرق أن الأداء في قضاء الدين مستحق عليه ، فكان في الأمر بلا أداء إسقاط المطالبة لمال مستحق ، فيملك ما في ذمته فيرجع عليه ، أما العوض في الهبة غير مستحق على الموهوب له فإنما أمره بأن يتبرع عنه بمال نفسه ، والتبرع بمال نفسه على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان .

وقال الكرخي في « مختصره » : لو عوض رجل أجنبي عن الموهوب له الواهب عن هبته وقبض العوض لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ، سواء عوض بأمر الموهوب له أو بغير أمره ، ولا للمعوض أيضًا أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له .

وقال شمس الأئمة البيهقي - رحمه الله - في « الكفاية » : ولا يرجع على الموهوب إلا إذا قال عوض عني على أني ضامن م: (**فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي**) ش: أي لإسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين م: (**كبدل الخلع والصلح**) ش: أي من الأجنبي فإن المرأة تستفيد ببدل الخلع سقوط ملك الزوج عنها .

فجاز أن يكون البدل على الأجنبي وكذلك الصلح عن إنكار ، لأنه لما يسلم للمصالح سوى سقوط حق الخصوم يجوز أن يجب بدل الصلح على الأجنبي حق ابتداء بدون أن يجب عليه ، وكذلك الصلح عن دم العمد ، لأنه إسقاط أو كان الصلح عن دين سواء كان بإقرار أو إنكار .

وفي « المبسوط » قال : كصلح الأجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون ، وهذا مثله .

وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه . وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع . وقال زفر -رحمه الله - يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر ، ولنا أنه يصلح عوضاً للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله أن يرده . قال : وإن وهب داراً فعوضه عن نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض ، لأن المانع خص النصف .

م: (**وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه ، وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي**) ش: أي من العوض م: (**ثم يرجع وقال زفر - رحمه الله - يرجع بالنصف اعتبارًا بالعوض الآخر**) ش: وهو الهبة ، وهو قاس أحد العوضين على الآخر ، لأن كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العوض بالعوض ، فإنه إذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن الباقي م: (**يصلح عوضًا للكل من الابتداء**) ش: وما يصلح أن يكون عوضًا عن الكل من الابتداء ، يصلح أن يكون عوضًا عنه في البقاء ، لأن البقاء أسهل من الابتداء م: (**وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو**) ش: أي الباقي .

وعورض بأن الغرض أنه عوض وأجزاء العوض ينقسم على أجزاء المعوض ، فإذا كان الكل في الابتداء أعواضًا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضًا عن النصف ابتداء .

وأجيب : بأن ذلك في المبادلات تحقيقًا لها ، وما نحن فيه ليس كذلك فليس له ذلك الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل ، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطًا لأنها تتم مبادلة فيودع البدل على المبدل .

والجواب عن قياس زفر أن المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعًا فاعتبر المقابلة والانقسام . وأما الواهب فيملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله بشيء ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع ، والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم .

م: (**إلا أنه**) ش: أي إلا أن الواهب م: (**يتخير**) ش: بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يمسكه ولا يرجع بشيء م: (**لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ، ولم يسلم له فله أن يرده**) ش: أي يرد ما بقي من العوض .

م: (**قال : وإن وهب داراً فعوضه عن نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض لأن المانع خص النصف**) ش: وغاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع

قال : ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم ؛ لأنه مختلف بين العلماء ،

في النصف بلا عوض .

فإن قيل : قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل الكل لئلا يلزم تجزؤ الإسقاط كما في الطلاق .

أجيب : بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة ، فيجوز التجزي باعتباره ، بخلاف الطلاق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**ولا يصح الرجوع**) ش: أي في الهبة م: (**إلا بتراضيهما**) ش: أي بتراضي الواهب والموهوب له م: (**أو بحكم الحاكم**) ش: أراد أن الواهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه ، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضاء كان غاصبًا ، ولو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يجوز الرجوع في موضع له الرجوع بدون القضاء أو الرضى .

وقال شيخ الإسلام الأسبيجابي في شرح مختصره « الكافي » : ليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض ، لأن العقد انعقد بتراضيهما ، فلا ينفرد بالفسخ لعدم ولايته ، وإذا فسخ لا ينفسخ إلا بتراضيهما على الفسخ ، فيلزمهما بتراضيهما . انتهى.

واختلف المشايخ في معنى قولهم لا يصح الرجوع إلا بقضاء أو تراض ، فمنهم من قال : لأن الرجوع في الهبة مختلف فيه ، كما ذكره المصنف ، ومنهم من قال : إنما لم يكن للواهب أن يرجع بغير قضاء أو تراض ؛ لأن الموهوب له ملك الهبة بالقبض رقبة وتصرفًا ، فلا يثبت إلا بهما ، كما في الرد بالعيب بعد القبض ، بخلاف من له خيار الرؤية ، حيث ينفرد بالفسخ بعد القبض ، لأن ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد .

ومنهم من قال : بأن الواهب في الرجوع مستوف بدل حقه بعد وقوع الملك للموهوب له رقبة وتصرفًا لا يكون إلا بقضاء أو رضاء كما في الرد بالعيب ، وكصاحب الدين إذا أراد أن يأخذ دينه من جنس آخر من مال المديون لا يملك إلا بقضاء أو رضاء ، بخلاف خيار الرؤية وخيار الشرط ، فإن من له الخيار ينفرد بالفسخ من غير قضاء ولا رضى لأنه بالفسخ مستوف عين حقه ، لأنه لم يثبت هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد، كذا في « المبسوط ».

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرجوع في الهبة م: (**مختلف بين العلماء**) ش: قال بعض الشراح منهم تاج الشريعة : لأن له الرجوع عندنا خلافًا للشافعي فكان ضعيفًا ، فلم يعمل بنفسه في

إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها .

وقال صاحب « العناية » : فيه نظر ، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت .

قلت : نظيره وارد ، لأن مذهب أبي حنيفة بالرجوع قد تقرر قبل الشافعي وأمثاله، وكيف يكون اختلاف من لم يوجد وقت اجتهاد المجتهد سببًا لكونه ضعيفًا ، ولكن قوله إن ثبت منه وكيف يقول ذلك بالشك وهو مذهب جماعة من الصحابة كعمر وعثمان وعلي وأبي الدرداء وغيرهم - رضي الله عنهم - .

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر - رضي الله عنهما- قال : هو أحق بها ما لم يعوض منها الهبة ، يعني الهبة ، وصححه ابن حزم ، وقال : لا مخالف لهم من الصحابة .

وأخرج البيهقي من حديث حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر - رضي الله عنه- : من وهب هبة فهو أحق بها ، ثم كلام ابن حزم يخدش كلام صاحب « العناية » أيضًا ، لأنه ادعى أنه لا مخالف من الصحابة فمن ذهب منهم إلى الرجوع فحينئذ يتعين على كلامه مختلف بين العلماء من التابعين .

م: (وفي أصله) ش: أي وفي أصل الرجوع م: (وهاء) ش: أي ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفًا في ملك الغير ، وهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع .

قال السغناقي وتبعه الأترازي والكاكي ناقلين عن « المغرب » : إن وهاء بالمد خطأ، وإنما هي الوهى مصدر وهي الجمل وهي وهيًا إذا ضعف . وقال صاحب «العناية» : وهو خطأ ، لأن من المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ .

قلت : قال الجوهري : وهي السقاء وهى وهيًا إذا تخرق وانشق . وفي السقاء وهي بالتسكين ووهية على التصغير ، وهو خرق قليل وهي الحائط إذا ضعف وهم بالسقوط انتهى .

فهذا كما ترى من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع نحو رمى يرمي ، ومصدر هذا الباب يأتي على وزن فعل بفتح الفاء وسكون العين نحو رمى يرمي رميًا ، ووعى يعي وعيًا .

فصاحب « المغرب » يصيب من وجه في قوله وإنما هي الوهي يعني بتسكين العين ، ومخطئ من وجه في قوله وهاء بالمد خطأ ، لأن هذا أيضًا مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى يقلى قلاء وقلا فقلاء على وزن فعال ، ووهاء كذلك ، وقد قال الجوهري القلي البعض ، فإن فتحت القاف مددت نقول قلاه يقليه قلى وقلاء .

وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ، فلابد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء ، لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه ، لأنه تعد ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل ، حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع ، لأن العقد وقع جائزاً

وقول صاحب « العناية » : لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ ، لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد ، والمصدر بناء على وزن فعل بالتسكين ، فمن أين يأتي المد . نعم هذا الذي ذكره إنما يكون إذا كان المصدر على وزن فعل بتحريك العين على أن قصر الممدود أو مد المقصور من ضرورات الأشعار فافهم . فحينئذ ينبغي أن يقدر أو في أصله وهي بالتسكين أو وهاء بالمد وقد وقع في نسخ الهداية كلاهما وكلاهما صحيح بما ذكرنا ، والخطأ وهى بتحريك العين والقصر ، وهكذا هو التحقيق وافتراء الخطأ والتخبط من التقليد .

م: (**وفي حصول المقصود وعدمه خفاء**) ش: لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل . وكذا إن كان غرضه إظهار الجود والسماحة ، وإن كان القرض لم يحصل فعل الوجهين الأولين ليس له الرجوع لحصول المقصود ، وعلى الوجه الأخير له الرجوع ، فلما تردد أمره احتاج إلى القضاء ليترجح جانب الرجوع على عدمه م: (**فلابد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه**) ش: أي الموهوب له م: (**قبل القضاء نفذ**) ش: أي انتقد م: (**ولو منعه**) ش: أي الموهوب له من الواهب م: (**فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه**) ش: أي ملك الموهوب له في الموهوب .

م: (**وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء**) ش: أي وكذا لا يضمن الموهوب به إذا هلك الموهوب في يده بعد قضاء القاضي بالرجوع قبل الطلب م: (**لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه**) ش: أي المتحقق بعد القضاء أو على القبض الذي لم ينعقد سببه للضمان عليه م: (**إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعد**) ش: إلا أن يمنع الموهوب عن الواهب بعد طلبه عند القضاء بالرجوع ، لأن منعه حينئذ تعد م: (**وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- . وقال زفر : الرجوع بغير القضاء بمنزلة الهبة المبتدأ لعود الملك إليه بتراضيهما فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث فأشبه الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاءم: (**حتى لا يشترط قبض الواهب**) ش: يعني بعد الرجوع ، فلو كان كالهبة المبتدأة مثل ما قال زفر شرط القبض .

م: (**ويصح في الشائع**) ش: يعني يصح الرجوع في الشائع إن رجع عن نصفه ، ولو كان كالهبة المبتدأة لما صح الرجوع في النصف الشيوع م: (**لأن العقد وقع جائزاً**) ش: هذا دليل على المطلوب ، تقريره أن هذا العقد وقع جائزاً غير لازم

موجباً حتى الفسخ من الأصل، فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له ، فيظهر على الإطلاق . بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا . قال : وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له

م: (**موجباً حتى الفسخ من الأصل**) ش: لثبوت حق الرجوع م: (**فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتًا له ، فيظهر على الإطلاق**) ش: يعني سواء كان بالتراضي أو بالقضاء ، لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ ، فيظهر على الإطلاق .

وفسر تاج الشريعة قوله : على الإطلاق ، بقوله : أي في الشائع وغيره وفي المقبوض وغير المقبوض ، والذي ذكرنا هو أقرب ،وهو الذي ذكره بقية الشراح ، يظهر ذلك بالتأمل ، ولا يلزم على هذا الرد في المرض ، فإنه لو رد في مرضه بغير قضاء يعتبر من الثلث ولو كان الرد بالتراضي فسخاً من الأصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء ، لأن فيه روايتين .

وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله .

وفي الاستحسان من الثلث لأنه تمليك مبتدأ ، ولكن الرد في مرضه باختياره تم بالقصد إلى إبطال حق الورثة عما يعلق حقهم فللرد قصد يعتبر من الثلث ،لا لأنه تمليك مبتدأ،كذا في «المبسوط» .

م: (**بخلاف الرد**) ش: هذا جواب عن قياس زفر -رحمه الله - ، وتقريره أن الرد م: (**بالعيب بعد القبض**) ش: إنما يكون في صورة القضاء خاصة م: (**لأن الحق هناك في وصف السلامة**) ش: حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد السلامة حقه له م: (**لا في الفسخ**) ش: لأن العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان ثابتاً لم يقتض الفسخ ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد بينهما ، وأما القاضي فإنما يقضي أولاً بما يقتضيه العقد من وصف السلامة ، فإن عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء .

م: (**فافترقا**) ش: أي الرجوع التراضي والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي ، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضاء . وفائدة هذا أنه لو وهب لإنسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع ، سواء رجع الثاني بقضاء أو بغيره خلافاً لزفر في غيره ، وإذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك ، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك ، وإن كان بغيره فليس له ذلك .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له**

لم يرجع على الواهب بشيء ، لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره .

لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة) ش: لأنه لم يلزمها لا صريحاً وهو ظاهر ، ولا دلالة لأنه ما سلم له شيء بخلاف المعاوضة ، لأنه سلم له البدل فيكون ملتزماً سلامة البدل م: (**وهو غير عامل له**) ش: أي الموهوب له غير عامل للواهب، واحترز به عن المودع .

فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظهما لأجله . وعن المضارب إذا اشترى شيئاً بمال المضاربة ثم استحق رأس المال فضمنه المستحق فإن المضارب يرجع على رب المال لأنه عامل له .

م: (**والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إنه غره بإيجاب الملك له في المحل ، واختياره بأنه ملك والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري . وتقرير الجواب أن الغرور لا يكون سبباً للرجوع في غير المعاوضة كالبيع ونحوه م: (**لا في ضمن غيره**) ش: أي لا يكون الغرور سبباً للرجوع وغير المعاوضة كمن أخبر إنساناً بأمن الطريق فسلك فيه فأخذه اللصوص لم يرجع على المخبر بشيء .

فعلم أن حق الرجوع إنما يثبت باعتبار عقد المعاوضة ، حتى لو ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له نصاً يرجع على الواهب ، ذكره في «الذخيرة» . وهذا لو وهب الغاصب ما غصب أو باع أو تصدق أو أجر أو رهن أو أودع أو أعار فهلك ضمنوا ولا يرجع الموهوب على الغاصب والمتصدق عليه على الغاصب ، ويرجع المستأجر والمرتهن ، ويرجع المشتري بالثمن ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب، كذا في « فصول الإستروبشتي» .

فإن قلت : لم قال والغرور في ضمن عقد المعاوضة ولم يقل في عقد المعاوضة ، فهل في زيادة لفظه ضمن فائدة ؟

قلت : نعم فإن في ولد المغرور يرجع بالقيمة على البائع وإن لم توجد المعاوضة في الولد ، ولكنه غرور في ضمن عقد المعاوضة فكان أن عقد المعاوضة بسبب الضمان فكذلك ما كان في ضمنه ، لأن المتضمن يكتسي كسوة التضمين .

فإن قلت : المودع يرجع على المودع بما ضمن ، مع أن عقد المعاوضة لم يوجد .

قلت : هذا ليس على الغرور ، بل بناء على أنه عامل له كما تقدم آنفاً . وقال الكاكي : وقوله والغرور ، إلى آخره جواب عما قال الشافعي أنه يرجع على الواهب لأنه غره بالهبة كالبائع إذا غر المشتري .

قال : وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين وتبطل بالشيوع ، لأنه هبة ابتداء ، فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء . وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً .

ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين

قلت : هذا ليس بظاهر على أن أكثر كتب الشافعية ناطقة ، بخلاف ما ذكره . وقال الأترازي : في قول المصنف نظر ، لأن المودع بما ضمنه لكونه يرجع مع أن عقد المعاوضة لم يوجد .

قلت : لقائل أن يقول رجوع المودع بما ضمنه لكونه عاملا للمودع لا للغرور كما ذكرناه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا وهب بشرط العوض**) ش: مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد . قال المحبوبي -رحمه الله- هذا ما ذكره بكلمة على . مثل ما ذكرناه أما لو ذكره بحرف الباء بأن قال وهبتك بهذا الثوب أو بألف درهم وقبله الآخر يكون بيعاً ابتداء أو انتهاء بالإجماع م: (**اعتبر التقابض في المجلس في العوضين**) ش: حتى لو لم يوجد لا يثبت الملك لواحد منهما م: (**وتبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء . فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء**) ش: وإن كان هبة ابتداء .

م: (**وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني**) ش: وبه قال مالك وأحمد ، ألا ترى أن الكفالة له بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة الأصل كفالة . ولو وهب ابنته لرجل كان نكاحاً .

ولو وهب عبد لنفسه كان إعتاقًا ، ولو وهب الدين لمن عليه كان إبراء فاللفظ واحد والعقود مختلفة لاختلاف المعنى والمقصود .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الهبة المذكورة بيعاً مطلقًا م: (**كان بيع العبد**) ش: أي بيع المولى للعبد بالمصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل م: (**من نفسه إعتاقاً**) ش: بأن قال لعبده بعتك نفسك منك بألف درهم مثلا يكون إعتاقاً للعبد .

م: (**ولنا أنه اشتمل على جهتين**) ش: أي جهة الهبة لفظاً وجهة البيع معنى م: (**فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين**) ش: لأن كل ما يشتمل على جهتين وأمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما ، لأن إعمال الشبهين لو وجد أولى من إهمال أحدهما كالإقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمع بينهما .

وقد أمكن ، لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم ، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد من نفسه ؛لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه ، إذ هو لا يصلح مالكاً لنفسه

أما اشتماله على الجهتين فظاهر ، وأما إمكان الجمع بينهما فلما ذكره بقوله م: (**وقد أمكن**) ش: أي الجمع بينهما م: (**لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض**) ش: وقد يوجد ذلك في البيع ، أشار إليه بقوله م: (**وقد يتراخى**) ش: أي الملك م: (**عن البيع الفاسد والبيع**) ش: أي والحال أن البيع م: (**من حكمه اللزوم**) ش: وبهذا ظهرت المناسبة بين البيع والهبة م: (**وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض**) ش: يعني إذا قبض العوض م: (**فجمعنا بينهما**) ش: أي إذا كانت المناسبة بينهما متحققة جمعنا بينهما .

فإن قيل : المنافاة هنا ثابتة لأن قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه ، وتنافي الملازمين مستلزم لنا في الملزومين فتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة .

أجيب : بأن البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على القبض فلم يكن اللزوم ، والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وبالعوض ، وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتيب من لوازمه ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة ، فأما إذا جعلناها هبة ابتداء وبيعاً انتهاء فلا .

م: (**بخلاف بيع نفس العبد من نفسه**) ش: هذا جواب عما قاله زفر والشافعي من قولهما ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً وتقريره أن بيع العبد من نفسه إنما جعل إعتاقاً م: (**لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكاً لنفسه**) ش: لأنه لا يملك غيره مالاً فكيف يملك نفسه مالاً .

***

فصل

قال : ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد ، والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وهذا هو الحكم في النكاح والخلع

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل ، لما كانت مسائل هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل**) ش: بأن وهب حمل الجارية دونها ، فإنه لا يجوز م: (**لكونه وصفًا**) ش: أي لكون الحمل وصفًا لها كأطرافها من اليد والرجل فلا يكون من جنسها فلا يصح استثناؤه ، لأن الاستثناء يكون من جنس المستثنى منه ، وأيضًا العقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً حتى لو وهب الحمل لا يصح ، فكذا إذا استثنى .

م: (**على ما بيناه في البيوع**) ش: أي في الفصل المتصل بأول كتاب البيع م: (**فانقلب شرطًا فاسدًا**) ش: يعني إذا لم يكن الاستثناء عاملاً انقلب شرطًا فاسدًا ، لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعًا لكونه جزءًا منها ، فلما استثنى كل كان الاستثناء مخالفًا لمقتضى العقد ، وهو معنى الشرط الفاسد م: (**والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة**) ش: لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض ، والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد ، وإنما الشرط الفاسد يؤثر في العقود الشرعية ، لأن الحسيات إذا وجدت لا مرد لها ، فلا يمكن أن يجعل عدمًا .

فإن قيل : ما الفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع ، فإنه إذا وهب الصوف على ظهر الغنم وأمره بجزه أو اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له ، فإنه جائز استحسانًا دون الحمل .

الجواب : أن ما في البطن ليس بمال أصلاً ، ولا يعلم وجوده حقيقة ، بخلاف الصوف واللبن . ومن أصحابنا من قال : إن أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحسانًا ، والأصح أنه لا يجوز خلافًا لأحمد وأبي ثور ، فإن عندهما يصح الاستثناء وتصح الهبة في الإماء دون الولد .

م: (**وهذا هو الحكم**) ش: أي صحة العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم م: (**في النكاح**) ش: بأن قال تزوجتك على هذه الجارية إلا حملها يبطل الاستثناء حتى تصير الجارية مع الحمل مهرًا م: (**والخلع**) ش: بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع ، واستثنت الحمل تكون الجارية والحمل بدل

والصلح عن دم العـمد لأنها لا تبطل بالشـروط الفاسدة . بخـلاف البيع والإجـارة والرهن لأنها تبطل بها

الخلع م: (**والصلح عن دم العمد**) ش: بأن قال صالحتك ، وعلى هذا الجارية إلا حملها م: (**لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة**) ش: أي لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة كالهبة .

م: (**بخـلاف البيع والإجـارة والرهن لأنها تبطل بهـا**) ش: أي بالشروط الفـاسدة بأن اشترى جارية أو أجرها أو رهنها إلا حملها فإنه لا يصح لما قلنا .

فإن قلت : ينبغي أن لا يفسد الرهن بالشرط فالهبة لتوقف عقد الرهن على القبض، وهو فعل حسي .

قلت : القبض في باب الرهن حكم للرهن ، لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء ، وحكم العقد يضاف إلى العقد ، والشرط الفاسد يؤثر في العقد ، أما في الهبة الحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض ، فكان القبض حكم ركن العلة ، والفساد لا يؤثر في الركن فلغى الشرط ، كذا في الإيضاح ، قال السغناقي :كأنه أراد بالركن غير العقد كما في أركان العبادات ، انتهى .

فهذا كما قد علمت ذكر المصنف القسمين في الاستثناء ، أحدهما ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء ، والآخر ما يبطلان فيه جميعاً ، وبقي قسم ثالث لم يذكره، وهو ما يصح فيهما جميعاً كالوصية ، لأن إفراد الحمل بالوصية جائز ، فكذا استثناؤه . ذكر في « شرح الطحاوي » : أن هذه ثلاث مراتب ، الأولى : العقد والاستثناء فاسدان نحو البيع والإجازة والكتابة والرهن .

الثانية : العقد جائز والاستثناء فاسد نحو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح في دم العمد ، ويدخل في العقد الأم والولد جميعاً ، وكذلك العتق إذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء .

الثالثة : العقد والاستثناء صحيحان نحو الوصية إذا أوصى الرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فإنه يصح وليس هذا كما إذا أوصى بجارية واستثنى خدمتها وغلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل ، لأن الخدمة والغلة لا تجري فيها الميراث دون الأصل، ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها وغلتها لإنسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية فإنهما يعودان إلى ورثة الموصي فلا تكون الخدمة موروثة عن الموصى له ولو وقع العقود على ما في البطن ، أما عقد البيع فلا يجوز ، وكذلك الكتابة عليه لا يجوز وإن قبلت الأم عنه ، وكذلك الهبة والصدقة لا يجوز وإن سلم الأم إلى الموهوب له ، ولو تزوج عليها فالقسمة باطلة ويجب مهر المثل .

ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فإن الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية

ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء . ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع

باطلة ، ويكون للمولى على القاتل الدية ، وإنما جاز عتق ما في البطن لأن العتق ينافي وما في البطن موقوف ، فكذا الوصية بما في البطن يصح إذا علم وجوده وقت الوصية ، لأن الوصية أخت الميراث ، والميراث تجري فيه فكذا الوصية .

ولو خالع امرأته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد إذا كان موجوداً في البطن وقت الخلع ، وإن لم يكن موجوداً كما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم يقل من ولد فلا شيء له عليها ، ولو قالت من الولد فإنه يرجع عليها بما ساق إليها من المهر لأنها غرت الزوج حين قالت من ولد وليس في بطنها ولد ، وإذا لم تقل من ولد لم تغرر .

وهذا إذا قالت : اخلعني على ما في يدي أو على ما في صندوقي هذا من شيء أو لم تذكر شيئاً ، فإن كان فيه شيء فللزوج ، وإن لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء ، لأنها لم تغره حيث لم تسم له مالاً . فأما إذا قالت : اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع ، فإن كان فيه شيء من متاع فهو له ، وإن لم يكن يرجع عليها بما ساق لها من المهر .

م: **(ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها)** ش: أي الجارية م: **(جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه)** ش: أي على ملك الواهب لخروجه عنه بالإعتاق ، فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة م: **(فأشبه الاستثناء)** ش: أي في تحرير الهبة . تقريره أن إعتاق الحمل قبل هبة الجارية مشابه لما إذا وهب الجارية واستثنى حملها .

ووجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى الحمل على ملك الواهب ، فكذا في استثناء الحمل ، لأن الحمل لا يبقى أيضاً على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل .

م: **(ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء)** ش: في التجويز ، لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله وجعل الحمل موهوباً م: **(ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع)** ش: وهي لا تجوز فيما يقسم ، وروي أن هبة الأم تجوز بعد تدبير ولدها ذكره في « المبسوط »، ويمكن أن يكون قول المصنف فلم يكن شبيه الاستثناء جواباً لرد هذه الرواية .

فإن قيل : هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . والجواب أن

عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فأنزل منفصلاً في الحال ، مع أن الجنين لم يخرج من ملك الواهب ، فكان في حكم المشاع يحتمل القسمة .

وكان المصنف -رحمه الله- لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله م: **(أو هبـة شيء)** ش: بنصف الهبة ، لأن التقدير أو نفي هبة شيء فيكون حالاً عن الضمير الذي في بقي م: **(هو مشغول بملك المالك)** ش: كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع .

وفي « نوادر هشام » قال أبو حنيفة -رحمه الله- : إذا وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب أو وهب منه داراً والأب فيها ساكن لم تجز الهبة فيهما .

وفي « الهاروني المجرد » قال أبو حنيفة في رجل تصدق على ابن صغير بدار له وفيها متاع الرجل أو كان الأب فيها ساكناً أو فيها متاع له وليس ساكن فيها أو قوم سكان بغير أجر جازت فكان قابضاً لابنه .

ولو كان فيها مكان بأجر كانت الصدقة باطلة .

فإن قيل : قد جعل في « الإيضاح » مسألة هبة الجارية بعد التدبير شبيه الاستثناء ، وهبتها بعد الإعتاق غير شبيه الاستثناء على عكس ما ذكره المصنف ، فما التوفيق بينهما ؟

قلت : مراد صاحب « الإيضاح » بالاستثناء الحقيقي وهو التكلم بالباقي بعد الاستثناء ولكن لم تصح الهبة بذلك الاستثناء لمكان الشيوع وهذا متحقق في مسألة التدبير ، لبقاء الملك في المدبر وفي مسألة الإعتاق لم تكن في معنى الاستثناء الذي يورث الشيوع فصح ، والمصنف أراد بالاستثناء استثناء الحمل ، ومسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم .

فائدة : صاحب « الإيضاح » هو الإمام ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد بن إبراهيم الكرماني . قال السمعاني : في معجم شيوخه إمام أصحاب أبي حنيفة -رحمه الله- بخراسان قدم مرو وتفقه على القاضي محمد بن الحسن الأرده وكان من القضاة ظهرت تصانيفه بخراسان والعراق .

ومن تصانيفه « الجامع الكبير » و« التجريد في القيمة » في مجلد واحد وشرحه في ثلاث مجلدات وسماه « الإيضاح » . قال السمعاني : سمعت منه وقد كانت ولادته بكرمان في شوال سنة سبع وخمسين وأربعمائة ومات بمرو عشية الجمعة لعشرة بقين من ذي القعدة سنة ثلاث وأربعين وخمسمائة -رحمه الله .

فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد ، أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها ، أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل ، لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ، فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ،

م: (**فإن وهبها له على أن يردها عليه**) ش: أي فإن وهب جارية له ، أي لفلان على أن يردها عليه م: (**أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه**) ش: أي على الواهب م: (**شيئاً منها**) ش: أي من الدار م: (**أو يعوضه شيئاً منها**) .

ش: وهذا متصل بقوله : وتصدق عليه بدار لأنه لو وصل بقوله أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض ، والهبة بشرط العوض صحيح ، والشرط صحيح حتى يكون هبة ابتداء بيعاً انتهاء . وإنما لا يصح اشتراطًا العوض في الصدقة لأخ الهبة ، اللهم إلا إن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها هو أن يرد بعض الدار الموهوب له على الواهب بطريق العوض قبل الدار فيصح صرف قوله أو بعضه حينئذ إلى قوله أو وهب داراً إلا أنه يلزم التكرار لا فائدة . قاله الكاكي .

قلت : لا يلزم ، لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فإن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها . وفي الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة : في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها ، قال : الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه منها شيئاً .

وقال الأسبيجابي في شرح « الكافي » : فإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم منها لم يكن ذلك عوضاً لأن الشيء لا يصلح أن يكون عوضاً عن نفسه ، وكان للواهب أن يرجع في الهبة لانعدام العوض . وكذلك إذا كانت الهبة داراً والعوض بيت منها وإن وهب له حنطة وطحن بعضها فعوضه دقيقاً عن تلك الحنطة كان عوضاً لأنه بالطحن صار شيئاً آخر فالقطع حق الواهب عنه فصلح عوضاً .

وكذلك لو وهب له ثياباً فصبغ منها ثوباً بعصفر أو قميصاً ثم عوضه إياه لأن الزيادة القائمة بالثوب صلحت عوضاً وقد انقطع حق المالك عنه . وكذلك لو وهب له سويقاً فلت بعضه ثم عوضه بعضه .

م: (**فالهبة جائزة**) ش: هذا جواب أن في قوله فإن وهبها إلى آخره م: (**والشرط باطل**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد - في رواية عن أبي ثور - وأحمد في صحة الهبة بالشرط الفاسد وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع م: (**لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد**) ش: لأن مقتضى ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت ، فإذا شرط عليه الرد والإعتاق أو غير ذلك يعتد بها م: (**فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها**) ش: أي بالشروط الفاسدة .

الا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع ، لأنه عليه الصلاة السلام نهى عن بيع وشرط ، ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا ،

فإن قلت : للواهب حق فيكون اشتراطه الرد عليه عبارة عن ذلك الحق الثابت .

قلت : قوله على أن يرد إخبار عن لزوم الرد ولزومه غير ذلك الحق إذ ليس من حق الرد لزوم الرد . م: (**الا ترى**) ش: إشارة إلى بيان أصل ذلك وهو م: (**أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر**) ش: يعني في رجوعها إليه بعد الموت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له ، والحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي سلمة عن جابر -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ كان يقول : « **العمرى لمن وهبت له** » ، وأخرجه مسلم أيضاً عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ : « **أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فإنه من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حيًا وميتًا** » ، وأخرجه أبو داود والنسائي عن عروة عن جابر قال : من أعمر عمرى فهي له ولعقبه .

وأخرج البخاري ومسلم أيضاً عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة -رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « **العمرى جائزة** » .

فإن قلت : يشكل على هذا ما أخرجه مسلم عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر-رضي الله عنه- قال : إنما العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ أن يقول هي لك ولعقبك . فأما إذا قال هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها . قال معمر : وكان الزهري يقول به .

قلت : هذا مقيد بالعقب وغيره من الأحاديث مطلقة ، ونحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعاً ولا نقيد المطلق .

م: (**بخلاف البيع**) ش: فإنه يبطل بالشروط الفاسدة م: (**لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط**) ش: هذا الحديث أخرجه الحارث في مسند أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط[1] ، وقد طعنوا في هذا الحديث وقد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب البيوع م: (**ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا**) ش: لأنه لما قوبل المبيع بالثمن خلاف الشرط عن العوض ، وفيه منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق . وليس الربا إلا بمال يملك بالعقد من غير عوض ، والشرط الذي قلنا له حكم المال لأنه يجوز أخذ

---

(١) لا أصل له .

قال الشوكاني (٥/ ٢١٣) : وأخرجه ابن حزم في « المحلى» والخطابي في « المعالم» والطبراني في « الأوسط» والحاكم في « علوم الحديث» من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ « نهى عن بيع وشرط » وقد استغربه النووي وابن أبي الفوارس .

وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات . قال : ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت بريء منها . أو قال إذا أديت إلي النصف فلك النصف أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل ، لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه ، وهبة الدين ممن عليه إبراء ، وهذا لأن الدين مال من وجه . ومن هذا الوجه كان تمليكاً ووصف من وجه . ومن هذا الوجه كان إسقاطاً ، ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول

المعوض عليه م: (**وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات**) ش: والهبة ليست من المعاوضات فلا يبطل الشرط .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك ، أو أنت بريء منها ، أو قال : إذا أديت إلي النصف فلك النصف أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل**) ش: فإذا كان باطلاً يكون الألف عليه على حاله م: (**لأن الإبراء تمليك من وجه**) ش: لأنه يرتد بالرد م: (**إسقاط من وجه**) ش: لأنه لا يتوقف على القبول .

م: (**وهبة الدين ممن عليه إبراء**) ش: وبه قال الشافعي ، وهل يقبض الإبراء إلى القبول عنده فيه وجهان ، في وجه يفتقر قبل هذا الكلام يستقيم على قول زفر -رحمه الله- فإنه قال يتم هبة الدين بلا قبول كالإبراء فسوى بينهما أما عندنا الهبة لا تتم بدون القبول والإبراء يتم من غير قبول ، هكذا ذكره في المبسوط ولكن ذكر في « المغني » : أن هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون .

أما هبة الدين للكفيل تمليك فيتوقف على القبول ، وفيه أن هبة دين الصرف والسلم فيه ، وإبراؤه يتوقف على القبول ، وفي سائر الديون لا يتوقف الإبراء باتفاق الروايات .

وفي الهبة روايتان ، قيل في الفرق بينهما أن إبراء بدل الصرف والسلم فيه يوجب انفساخ العقد لأنه يوجب فوات القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد أحد العاقدين به فيتوقف قبول الآخر بخلاف الإبراء عن سائر الديون لأنه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت وأن فيه معنى التمليك من وجه ، ومعنى الإسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول ، كذا في « الذخيرة » .

م: (**وهذا**) ش: توضيح لكون الإبراء تمليكاً من وجه وإسقاطاً من وجه م: (**لأن الدين مال من وجه**) ش: حتى تجب فيه الزكاة ، ويصح البيع بالدين وفي بعض النسخ لأنه مال ، أي لأن الدين م: (**ومن هذا الوجه كان تمليكاً**) ش: أي الإبراء م: (**ووصف من وجه**).

ش: يعني أنه ليس بمال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له وله ديون على الناس م: (**ومن هذا الوجه كان إسقاطاً ولهذا**) ش: أي ولأجل هذين المعنيين م: (**قلنا إنه يرتد بالرد**) ش: هذا آية التمليك م: (**ولايتوقف على القبول**) ش: هذا آية الإسقاط ، وإطلاق قوله يرتد بالرد يفيد أن عمل

والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها . قال: والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه ، ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره ، وإذا مات ترد عليه

الرد في المجلس وغيره سواء ، وهذه الرواية عن السلف إلا ما روي عن الأعمش والإسكاف من وجوب الرد في مجلس الإبراء والهبة .

م: (**والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق**) ش: لأن التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص والإقرار بالمال والحجر على المأذون وعزل الوكيل . وأما الإبراء وإن كان إسقاطاً من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف الآن ، لأن ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد . ألا ترى أنه لو قال لعبده أنت حر على أن تؤدي إلي ألف درهم فقيل فإنه لا يعتق قبل الأداء ، كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي م: (**فلا يتعداها**) ش: أي فلا يتعدى الإسقاطات المحضة إلى ما فيه تمليك .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه**) ش: وهو قوله عليه السلام العمرى . . . وأبطل شرط العمر وقد بيناه عن قريب ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد وهو قول جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعلي -رضي الله عنهم .

وروي عن شريح ومجاهد وطاووس والثوري وقال مالك والليث والشافعي في القديم : العمرى تمليك المنافع لا تمليك العين ، ويكون للمعمر السكنى ، فإذا مات عادت إلى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكناها لهم فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر ، وفي «الجواهر» : أما العمرى فصورتها أن يقول أعمرتك داري أو ضيعتي فإنه قد وهب له الانتفاع بذلك مدة حياته حكماً ، فإذا مات رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر .

فإن قال : أعمرتك وعقبك فإنه قد وهب له ولعقبه الانتفاع ما بقي منهم إنسان ، فإذا لم يبق منهم أحد رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر ، لأنه وهب له المنفعة ولم يملك الرقبة ، وكذلك إذا قال أسكنتك هذا الدار عمرك أو وهبتك سكناها عمرك ، أو قال هي لك سكنى أو لك ولعقبك سكنى ، فإذا مات المعمر أو انقرض عقبه بعد وفاة المعمر الواهب رجعت الرقبة إلى وارث المعمر يوم مات ، انتهى .

م: (**ومعناه**) ش: أي معنى العمرى أراد تفسيره م: (**أن يجعل داره له مدة عمره**) ش: أي مدة عمره م: (**وإذا مات**) ش: أي المعمر بفتح الميم الثانية م: (**ترد عليه**) ش: أي على المعمر بكسر الميم

فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- وقال أبو يوسف -رحمه الله- جائزة لأن قوله داري لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد

الثانية . وقيل صورته أنْ يقول أعمرتك داري هذه ، أو هي لك عمرى أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت ، فإذا مت فهي رد علي أو نحو هذا سميت عمرى لتقييدها بالعمر .

فإن قلت : روي عن ابن الأعرابي : لم يختلف العرف في العمرى والرقبى والمنحة والعرية والعارية والسكنى إنها على ملك أربابها ومنافعها من جعلت له ، ونقل إجماع أهل المدينة على ذلك .

قلت : دعوى إجماع أهل المدينة غير صحيحة لاختلاف كثيرمن الصحابة -رضي الله عنهم . وقوله : إنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر إذا نقلها الشارع إلى عدم تمليك الرقبة كما في الصلاة والزكاة .

م: (**فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-**) ش: وبه قال مالك وهي أن يقول : أرقبتك هذه الدار وهي لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إليّ ، وإن مت قبلك فهي لك ولعبك ، فكأنه يقول : هي لآخرنا موتًا سميت رقبى . لأن كل واحد يرقب موت صاحبه ، وقال الحسن بن زياد في « المجرد » : وإن قال قد أرقبتك داري هذه ، كانت عارية ، وإن قال : هي لك رقبى كانت هبة إذا دفعها إليه .

وقال الكرخي في « مختصره »: وقال محمد -رحمه الله- في «إملائه» قال أبو حنيفة إذا قال الرجل: لرجل هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه ، وقال : هذه الدار لك حبيس ودفعها إليه فهي عارية في يده إذا شاء أن يأخذهما . قال محمد : وهذا قولنا أيضاً ، ثم قال: وقال أبو يوسف وأنا أرى أنه إذا قال هي لك حبيس فهي له إذا قبض .

وقوله : حبيس باطل وكذلك إذا قال هي لك رقبى . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في «مبسوطه » : إذا قال داري لك رقبى أو داري لك هذا حبيس ، قال أبو حنيفة ومحمد -رحمهما الله- لا تكون هبة . وروى الحسن عن أبي حنيفة ومحمد أنه يكون عارية ، وقال أبو يوسف : يكون هبة .

م: (**وقال أبو يوسف- رحمه الله- : جائزة**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- م: (**لأن قوله داري لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد**) ش: فكأنه قال رقبة داري لك فصار م:

كالعمرى ، ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجازالعمرى ورد الرقبى

(**كالعمرى**) ش: في الجواز .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه -عليه الصلاة والسلام- أجاز العمرى ورد الرقبى**) ش: وقال ابن قدامة في« المغني » : وحديثهم أنه ﷺ أجاز العمرى ورد الرقبى ، لا نعرفه . وقال الأترازي: هذا لا يوجب الطعن فإن الثقات مثل ذلك وأبو حنيفة تمسكوا به .

قلت : هذا الكلام لا يرضى به الخصم ولا يقنع به . وكيف ولم يبين فيه من هم رواته وما حالهم وعن أي صحابي أخرجه ومن خرجه من أهل هذا الشأن . وفي «المبسوط »حديثه مروي عن أبي الزبير عن جابر وحديثهما مروي عن الشعبي عن شريح، والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما .

فنقول : الرقبى قد تكون بمعنى الأرقاب ، وقد تكون بمعنى الترقب فحيث قال أجاز الرقبى كان بمعني الإرقاب بأن يقول رقبة داري لك ، وحيث قال رد الرقبى كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك وتراقب موتي ، فإن مت فهي لك ، وإن مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل . ثم لما احتمل المعنيان والملك لذي اليد فيها ثابت بيقين ، فلا يزيد له بالشك .

والجواب عن قوله داري لك تمليك وذلك إنما يصح إذا لم يفسر هذه الإضافة بشيء أما إذا فسره بقوله رقبى أو حبيس تبين به أنه ليس بتمليك كما في قوله داري لك سكنى تكون عارية . وقوله إنه من الإرقاب بمعنى الرقبة داري لك الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد وإيداع الشيء في اللغة ليس بمستحسن . والصواب أنه بمعنى المراقبة والترقب . وأما قوله الحديثان صحيحان، فإن كان كذلك فالتأويل ظاهر وهو أن يراد بالرد والإبطال شرط الجاهلية وبالإجارة أن يكون ذلك تمليكاً مطلقاً ، ويدل عليه ما روى جابر أنه ﷺ قال : « **أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها ، فمن أعمر شيئاً فهي له** » . ألا ترى أنه ﷺ نهى ثم أجاز على اختلاف العرضين ويبقى الاشتقاق على أصل واحد كما هو القياس مع سلامة المعنى ، انتهى .

قلت : قول أبي يوسف -رحمه الله- أقوى وهو مذهب أحمد والثوري وذلك لأن حديث جابر -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال : « **العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها** »[1] ،

---

(١) ضعيف : رواه النسائي (٨/ ٢٧٤) ، من طريق هشيم عن داود عن أبي الزبير عن جابر مرفوعًا . ورواه من طريق حجاج عن أبي الزبير عن طاووس عن ابن عباس مرفوعًا .
والإسناد الأول فيه علتان : الأولى عنعنة هشيم ، وهو مدلس ، الثانية : عنعنة أبي الزبير وهو مدلس أيضًا.
والإسناد الثاني : فيه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف ، ومدلس وقد عنعنه .

ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل . وإذا لم تصح تكون عارية عندهما ، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به .

رواه أبو داود والنسائي وحسنه الترمذي .

وأخرج النسائي أيضاً عن حجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن طاوس عن ابن عباس -رضي الله عنهما- مرفوعاً : « **من أعمر عمرى فهي لمن أعمرها جائزة ، ومن أرقب رقبى فهي لمن أرقبها جائزة** ».

وقال ابن المنذر : وروينا عن علي -رضي الله عنه- أنه قال : الرقبى والعمرى سواء .

وقوله الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد فيه نظر ، لأنه لا يلزم في صحة الاشتقاق النص عليه من جهة أحد ، بل كل موضع يوجد فيه حد الاشتقاق وشرائطه يصح أن يقال هذا مشتق من ذلك ، وها هنا كذلك على ما لا يخفى .

م: (**ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة**) ش: يعني مشتق منها م: (**كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل**) ش: أراد بالخطر موت المملك قبله م: (**وإذا لم تصح**) ش: أي الرقبى م: (**تكون عارية عندهما ، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به**) ش: وذلك لأنه أطلق له الانتفاع .

وحاصل اختلافهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة ، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تمليك للحال ، والرجوع إلى الواهب منتظر فيكون كالعمرى .

وقال : المراقبة في نفس التمليك ، لأن معناه لآخرنا موتاً ، فكان هذا تعليقاً للتملك بالخطر ، وذا باطل .

وفي « الأسرار » : حمل أبو يوسف حديث بطلان الرقبى على أنه ﷺ سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة يعني راقب موتي إن مت قبلك فهي لك ، فعلى هذا الوجه لا يصح بالاتفاق ، وعلى الوجه الأول كالعمرى فيصح بالاتفاق .

***

فصل في الصدقة

قال : والصدقة كالهبـة لا تصح إلا بالقبض، لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشـاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب ، وقد حصل . وكذلك إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل . وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود هو الثواب وقد حصل . قال : ومن نذر أن يتـصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة .

م: **(فصل في الصدقة)**

ش: لما شاركت الصدقة الهبة في الشروط وخالفتها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلاً .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض**) ش: قال الأترازي : لما روى أصحابنا في نسخ « المبسوط » عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه قال : لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة ، وهذا الحديث حجة على الشافعي في تجويزه الصدقة بلا قبض .

قلت : للشافعي إما أن يقول هذا ليس بثابت ، ولئن ثبت فقول الصحابي ليس بحجة عندي م: (**لأنه**) ش: أي لأن الصدقة والتذكير باعتبار التصدق م: (**تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة**) ش: أراد به قوله : لأن تجويزه التزام أشياء لم تلزمه وهو القسمة م: (**ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب وقد حصل**) ش: أي المقصود ، فصارت كهبة عوض عنها .

فإن قلت :حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب ، فمن أين يقطع بحصوله .

قلت : يمكن أن يكون المراد حصول الوعد بالثواب .

م: (**وكذلك إذا تصدق على غني**) ش: يعني يرجع م: (**استحساناً ، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل**) ش: فإن من له نصاب وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على فعل الثواب ، وهذا يتأدى الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه، ولا رجوع فيه بالاتفاق ، فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع بالشك . وفي القياس ينبغي أن يرجع لأن الصدقة في حق الغني هبة . وبه قال بعض أصحابنا لأنه إنما يقصد به العوض منه دون الثواب، فصارت الهبة فيه كالصدقة ، والهبة في حق الفقير سواء ، م: (**وكذا إذا وهب لفقير**) ش: يعني لا يرجع م: (**لأن المقصود هو**) ش: من الهبة الفقير م: (**الثواب وقد حصل**) ش: المقصود .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بـجنس ما يجب فيه الزكاة**)

ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع . ويروى أنه والأول سواء وقد ذكرنا الفرق ، ووجه الروايتين في مسائل القضاء ، ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالاً فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق ، وقد ذكرناه من قبل .

ش: اعتباراً لإيجابه بإيجاب الله فيتصدق بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست بأموال الزكاة . وقال زفر : يجب إخراج الجميع لعموم اللفظ ، وبه قال أحمد في رواية . وقال الشعبي : لا يلزمه شيء . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية : يجب إخراج الثلث كالوصية . وفي « الروضة » : لو قال مالي صدقة أو في سبيل الله ففيه أوجه : أحدها : وهو الأصح عند الغزالي وقطع القاضي حسين به أنه لغو لأنه لم يأت بصيغة الإلزام . والثاني : أنه كما لو قال علي أن أتصدق بمالي فيلزمه التصدق . والثالث : يصير ماله بهذا اللفظ صدقة . وذكر في « التتمة » : إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر أو نواه فهو لو قال: علي أن أتصدق بمالي أو أنفقه في سبيل الله وإلا فلغو . وأما إذا قال إن كلمت فلاناً أو فعلت كذا فمالي صدقة فالذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي أنه بمنزلة قوله فعلي أن أتصدق بمالي أو بجميع مالي أن طريق الوفاء أن يتصدق بجميع ماله . وإذا قال في سبيل الله يتصدق بجميع ماله على الفقراء ، انتهى .

وذكر في غيره أنه إن علقه بشرط المنع كان يميناً فإذا حنث فعليه كفارة والله أعلم .

م: (**ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع**) ش: أي بجميع ما يملكه ، لأن الملك أعم من المال ، لأنه قد يملك غير المال مثل القصاص والنكاح والخمر ، فوجب العمل لعمومه ، ولكن يحبس قدر ماينفق على نفسه وعامليه إلى حين كسبه مالاً آخر فيخرج مثله ولا يقدر بشيء لأن الناس يتفاوتون في ذلك باختلاف أحوالهم في النفقات م: (**ويروى أنه**) ش: أي الملك م: (**والأول**) ش: أي المال م: (**سواء**) ش: لأن الملك عبارة عن الربط والشد والمال ما يصل إليه القلب فيكون في معنى الربط والشد فيتناسبان، وهذه الرواية رواية الحاكم الشهيد م: (**وقد ذكرنا الفرق**) ش: أي بين المال والملك م: (**ووجه الروايتين في مسائل القضاء**) ش: أي من هذا الكتاب في مسألة مالي صدقة على المساكين .

م: (**ويقال له**) ش: أي الناذر يتصدق بملكه م: (**أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالاً ، فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق ،وقد ذكرناه من قبل**) ش: أي في كتاب القضاء في باب القضاء بالمواريث . وفي « الغاية » : ثم إنه يمسك قوته في قوله جميع ما أملك صدقة لأنه لا بد له منه ، ولكن لم يبين محمد في « المبسوط » و« الجامع الصغير » مقدار ما يمسك من القوت ، فقال مشايخنا إن كان دهقاناً يمسك قوت سنة ، لأن القوت لدهقان يتجدد كل سنة ، وإن كان تاجراً يمسك قوت شهر ، لأن التجارة للتاجر لا تنفق كل حين، وإنما ينفق في بعض الأحايين ،

فقدرنا بالشهر وإن كان محترماً يمسك قوت يومه لأنه يتجدد له قوت كل يوم ، ثم إذا وجد شيئاً يتصدق بمقدارما أمسك للقوت ، لأنه استهلك قدر القوت في المال الذي لزمه التصدق به ، فصار ضامناً لمثله .

فروع : وفي « الفتاوى الكبرى » : إذا تصدق عن الميت أو دعا له يصل ثواب ذلك إلى الميت ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي : لا يلحق الميت ما يفعله عنه من صدقة يتصدق بها له ، أو دعاء يدعا له ، أو قراءة قرآن إذا قال لله علي أن أتصدق بهذا الدرهم ولم يتصدق حتى هلك في يده فلا شيء عليه كذا في « الذخيرة » .

رجل أخرج الخبز إلى المسكين فلم يجده فهو بالخيار إن شاء أدى إلى مسكين آخر ، وإن شاء لم يؤد لأنه لم يخرج عن ملكه ، كذا في التجنيس . رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها قال أبو حنيفة -رحمه الله- لا يجوز . وقال أبو يوسف : يجوز وعليه الفتوى ، كذا في « النوازل » . ولو قال : داري في المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، كذا في « الاختيار » .

* * *

كتاب الإجارات

م: (كتاب الإجارات)

ش: وجه المناسبة بين الكتابين اشتمالهما على معنى التمليك ، ولكن لما كانت الهبة تمليك العين قدمها على الإجارات التي هي تمليك المنفعة ، والعين مقدم . وهو جمع إجارة على فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة من أجره إذا أعطاه أجره من باب فعل يفعل بالفتح في الماضي والضم في الحاضر ، ولا يمنع أن يكون مصدراً منه ، كما تقول كتب يكتب كتابة .

وهذه المادة تستعمل لمعاني التعويض ، تقول أجره الله بأجره ويأجره وهو يأتي من بابين من باب طلب يطلب ، ومن باب ضرب يضرب . ومنه الأجر وهو الثواب ، لأن الله تعالى يعوض العبد به . ويقال لمهر المرأة أجر لأنه عوض من بضعها ، قال الله تعالى : ﴿ آتيت أجورهن ﴾ أي مهورهن .

والبراء أجر العظم يأجر ويأجر أجراً وأجوراً أي برأ على عثم . وهو أيضاً من البابين المذكورين والجبر ، تقول أجر الله يداي جبرها على عثم ، وهو انجبار العظم المكسور على غير استواء .

وإعطاء الأجرة ، تقول أجره إذا أعطاه أجرته كما ذكرنا . وإذا أردت أن تنقله إلى باب الأفعال تقول آجر بالمد ، لأن أصله : أأجر بهمزتين إحداهما فاء الفعل والأخرى همزة الفعل ، والقاعدة أن الهمزتين إذا اجتمعتا وثانيهما ساكنة تليين ، فانقلب للتخفيف ، والمصدر منه إيجار فاسم الفاعل من الأول أجر ، ومن الثاني مؤجر .

قال صاحب العين آجرت مملوكي أوجره إيجاراً فهو مؤجر ، وفي الأساس آجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ، ولا يقال مؤاجر فإنه خطأ وقبيح ، أما الخطأ فظاهر وهو أنه من مهموز أفعل . وأما قوله معتل فاعل والقبح أنه استعمل في موضع قبيح .

قلت : تحرير الخطأ فيه أنه اسم الفاعل من أفعل لا يأتي إلا على وزن مفعل كأكرم على مكرم ، وكذلك آجر بالمد على وزن أفعل واسم الفاعل منه مؤجر ، وأصله مأجر بضم الميم وسكون الهمزة ولكن ليست الهمزة بجنس حركة ما قبلها وهي الواو فقيل مؤجر للتخفيف . وأما مؤاجر فإنه اسم الفاعل من واجر كواعد على مواعد ، وهذا بناء على لغة العامة فإنهم يقولون واجرته الدار موضع آجرته إذا أكريتها ، فعلى هذا الخطأ في إبدالهم الواو من الهمزة التي في أول الكلمة لا في قولهم مؤاجر ، لأنه مبني على القاعدة ، لأن اسم الفاعل من فاعل

الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض ، لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه ، لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح

يأتي على مفاعل .

قال صاحب « العناية » -رحمه الله- : تقول أجرته الدار أي أكريتها ، والعامة تقول واجرتها والقائل يقول كما يجوز قلب أحد الواوين همزة إذا اجتمعتا في أول الكلمة التحقيق كما في أواقي فإن أصله وواقي جمع واقته فكذلك يجوز قلب إحدى الهمزتين واواً إذا اجتمعتا في أول الكلمة للتخفيف على أن الثقالة في اجتماع الهمزتين أكثر من الثقالة في اجتماع الواوين. وأما القبح الذي ذكروا فيه فهو أن العامة استعملوه في مواضع السبب والتعبير ، ولهذا ذكر في باب التعزير من جملة ألفاظ التعزير وفسروه بأنه هو الذي يؤجر أهله للزنا ، ثم هل تجيب هذه للغة تعزيز ، فإن كان المسبوب شريفاً أو فقيهاً يعزر وإن كان غيرها لا .

م: (**الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض**) ش: هذا تفسير الإجارة بالمعنى الشرعي ، وإنما قدمه على المعنى اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة ، وهو في بيان شرعيتها . فالشرعي أولى بالتقديم . وقال الأترازي : وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح ، لأن التوقيت يعطله ، أو يقال عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم .

قلت : زيادة لفظة الاستباحة تتعين في تفسير النكاح لا في تفسير الإجارة م: (**لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع**) ش: قيل فيه نظر ، لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطت من كرى الأجير كما صرح به الشراح .

قلت : قد بينت لك عن قريب أن الإجارة تجوز أن تكون مصدراً فيستقيم الكلام م: (**والقياس يأبى جوازه**) ش: أي جواز عقد الإجارة م: (**لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة**) ش: حالة العقد .

م: (**وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح**) ش: لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع ، قيل في كون القياس يأتي جوازه نظر ، ولم يذكر على ذلك دليلاً إلا أن إضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح ، وهذا الذي جعله دليلا يحتاج إلى دليل ، وما سيوجد نوعان منافع وأحيان ، وقياس أحدهما على الآخر فاسد لوجود الفارق بينهما ، فإن المعنى الجامع بينهما وهو كون كل منهما يعارضه المعنى الفارق وهو أقوى منه ، وهو أن هذا معدوم يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده بخلاف المعدوم الآخر .

وقد أجرى الله العادة بحدوث هذه المنافع ، فصارت متحققة الوجود ، فإلحاق المعدوم المتحقق الوجود بالموجود أظهر من إلحاقه بالمعدوم المظنون الوجود أو ما لوجوده غاية يمكن تأخير

العقد إلى أن يوجد ، فإنما لوجوده حال وجود وعدم في بيعه حال العدم مخاطرة وقمار ، وبذلك علل النبي ﷺ المنع حيث قال : « أرأيت إن منع الله الثمرة فهل يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق » . وأما ليس له إلا حالة واحدة ، والغالب فيه السلامة فليس العقد عليه مخاطرة ولا قماراً وإن كان فيه مخاطرة يسيرة ، فالحاجة داعية إليه .

قلت : لا نسلم فساد القياس المذكور ولا معارضة المعنى الفارق للمعنى في الجامع ، وكيف تكون هذه المنافع متحققة الوجود بجريان العادة بحدوثها وهي إعراض لا يبقى زمانين فتكون معدومة بهذا الاعتبار ، وبيع المعدوم لا يجوز ولصحة القياس المذكور .

وقال شمس الأئمة السرخسي : -رحمه الله- : قيام العين المنتفع بها مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليترتب القبول على الإيجاب كقيام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام المعقود عليه في جواز السلم ، وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيستحق بهذه الطريق التمكن من الاستيفاء المعقود عليه .

وقد قيل في وجه إباء القياس جوازه أن موجب العقد التسليم في الحال ، وليس في الإجارة ذلك وفيه نظر ، لأن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه العاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه، وكلاهما متفق في هذه الدعوى .

أما الأول فظاهر .

وأما الثاني فكذلك ؛ لأنهما تارة يعقدان على الوجه المذكور ، وتارة يشترطان التأخير . إما في الثمن وإما في المثمن، وقد يكون للبائع غرض صحيح ، ومصلحة في تأخير تسليم المبيع كما كان لجابر -رضي الله عنه - غرض صحيح في تأخير تسليم بعيره إلى المدينة .

واتفق العلماء على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه ، كما إذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة ، بل قالوا هذا يستثنى بالعرف ، وكذلك من اشترى ثمرة بدا صلاحها ليس عليه أن يجمع القطافين في أوان واحد لقطفها جملة واحدة ، وإنما يقطفها كما جرت به العادة .

م: (**إلا أنا جوزناه**) ش: أي عقد الإجارة م: (**لحاجة الناس إليه**) ش: قد يحتاج إلى منافع الأعيان لإقامة المصالح ، ولا يجد الثمن ليشتري العين ، وصاحب الأعيان قد يحتاج إلى الدراهم ولا يتهيأ له البيع ، والفقير يحتاج إلى المال والغني إلى الأعمال . فلو لم تجز الإجارة لضاق الأمر على الناس ، ولهذا يترك القياس كما جاز السلم لحاجة المفاليس م: (**وقد شهدت**

بصحتها الآثار ، وهي قوله عليه الصلاة والسلام : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » ،

بصحتها الآثار) ش: وهو جمع أثر بفتحتين ، وهو اسم للخبر الذي ترويه عن غيرك .

ومنه عن قولهم حديث مأثور أي نقله الخلف عن السلف وأصله من أثر الحديث آثره أثرًا ، إذا ذكرته عن غيرك . وفي الاصطلاح : يطلق على السنة المروية عن النبي ﷺ قولاً وفعلاً ، وعلى الأخبار المروية من الصحابة -رضي الله عنهم- م: (**وهي قوله عليه الصلاة والسلام : أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**)[1] ش: التذكير في الضمير باعتبار ما بعده وهو قوله عليه الصلاة والسلام .

والحديث رواه عبد الله بن عمر وأبو هريرة وجابر وأنس -رضي الله عنهم .

أما حديث ابن عمر فأخرجه ابن ماجة في «سننه» في كتاب الأحكام في باب أجر الأجير عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : «**أعطوا الأجير أجره قل أن يجف عرقه**» .

وأما حديث أبي هريرة فأخرجه أبو يعلى الموصلي في «مسنده » حدثنا إسحاق بن إسرائيل حدثنا عبد الله بن جعفر أخبرني سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً نحوه سواء .

وأما حديث جابر فأخرجه الطبراني في « معجمه الصغير » حدثنا أحمد بن محمد بن الصلت البغدادي بمصر حدثنا محمد بن زياد الكلبي حدثنا شرقي بن القطامي عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ فذكره ، وقال : تفرد به محمد بن زياد .

وأما حديث أنس فأخرجه أبو عبد الله الترمذي الحكيم في كتاب « نوادر الأصول» في الأصل الثاني عشر حدثنا موسى بن عبد الله بن سعيد الأزدي حدثنا محمد بن زياد الكلبي عن بشر بن الحسين الهلالي عن الزبير بن عدي عن أنس بن مالك مرفوعاً نحوه سواء . وأخرجه أبو أحمد بن زنجويه النسائي في كتاب « الأموال » مرسلاً قال حدثنا مسلم بن إبراهيم حدثنا عثمان ابن عثمان الغطفاني عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن النبي ﷺ قال : « أعطوا الأجير أجره ، إلى آخره .

---

(١) حسن : رواه ابن ماجة (٣٤٤٣) من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر . . . مرفوعًا ، وعبد الرحمن ضعيف .

وعزاه الزيلعي لأبي يعلى ، وابن عدي وأعله بعبد الله بن جعفر والد علي بن المديني وقال الهيثمي في« المجمع» (٤/ ٨٩) : رواه الطبراني في« الأوسط »وفيه شرقي بن قطامي وهو ضعيف . وعزاه الزيلعي للطبراني في «الصغير» .

وقوله الصلاة وعليه السلام : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » .

وقد أعلوا حديث ابن عمر بعبد الرحمن بن زيد وحديث أبي هريرة بعبد الله بن جعفر ، وعبد الله هذا هو والد علي بن المديني -رحمه الله- وليس بشيء في الحديث . وحديث جابر -رضي الله عنه- بشرقي بن القطامي وهو منكر الحديث ، ولكن معنى الحديث في الصحيح أخرجه البخاري عن المقبري عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : **«ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بي، ثم غدر ، ورجل باع حراً ،فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره »** .

م: (**وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره**) ش: هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه في البيوع »حدثنا معمر ، والثوري عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري -رضي الله عنهما- أو أحدهما أن النبي ﷺ قال: **« من استأجر أجيراً فليسم له أجرته »**[1] . قال عبد الرزاق : فقلت للثوري يوماً : سمعت حماداً يحدث عن إبراهيم عن أبي سعيد أن النبي ﷺ قال : **« من استأجر أجيراً فليسم له أجرته »** قال : نعم وحدث به مرة أخرى فلم يبلغ به النبي ﷺ .

ورواه الكرخي في « مختصره » حدثنا الحضرمي قال حدثنا محمد بن العلاء قال حدثنا يزيد بن الحباب عن سفيان عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة ، و أبي سعيد الخدري قالا : قال رسول الله ﷺ : « من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره » . ورواه محمد بن الحسن في كتاب «الآثار» أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة عن النبي ﷺ قال : **« من استأجر أجيراً فليعلمه أجره »** .

وعن عبد الرزاق رواه إسحاق بن راهويه في «مسنده» فقال أخبرنا عبد الرزاق حدثنا مَعْمر عن حماد عن إبراهيم عن الخدري عن رسول الله ﷺ قال : **«من استأجر أجيراً فليبين له أجرته »** .

---

(١) صحيح موقوفًا : رواه البيهقي (٦/ ١٢٠) من طريق أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن أبي هريرة . . . مرفوعًا . ثم قال : ورواه حماد بن سلمة عن حماد عن إبراهيم عن أبي سعيد الخدري . . . مرفوعًا .

ورواه من طريق أبي داود عن موسى بن إسماعيل ثنا حماد بن سلمة فذكره ،وهو مرسل من رواية إبراهيم وعن أبي سعيد موقوفًا، وكذلك رواه معمر عن حماد بن أبي سليمان . . . مرسلاً .

قلت : الطريق المرسلة عزاها الزيلعي لإسحاق في مسنده عن عبد الرزاق عن معمر . وعزاه كذلك لابن أبي شيبة قال : حدثنا وكيع عن سفيان عن حماد عن أبي هريرة وأبي سعيد . . . موقوفًا . قال ابن أبي حاتم في «العلل» (٢/ ٤٤٣) ، سألت أبا زرعة عن حديث رواه حماد بن سلمة عن إبراهيم عن أبي سعيد الخدري . . . فذكره. قال : والصحيح موقوف عن أبي سعيد لأن الثوري أحفظ .

وقال عبد الحق في « أحكامه » : إبراهيم لم يدرك أبا سعيد .

ورواه ابن أبي شيبة في« مصنفه» موقوفاً على الخدري ، وأبي هريرة ، فقال : حدثنا وكيع عن سفيان عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد ، قالا : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل : سألت أبا زرعة عن هذا الحديث فقال : الصحيح أنه موقوف .

ثم المصنف لم يذكر إلا هذين الحديثين أحدهما معلول والآخر موقوف ، وفيها أحاديث صحيحة :

منها : حديث أبي هريرة الذي أخرجه البخاري ، وقد ذكرناه آنفاً .

ومنها آخر : أخرجه البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « **ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم** » فقال أصحابه وأنت يا رسول الله ؟ قال : « **نعم كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة**» .

ومنها آخر : أخرجه البخاري عن عائشة -رضي الله عنها- قالت استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من الديل ، هادياً خريتاً ، وهو على دين كفار قريش ، فدفعا إليه راحلتيهما ، ووعداه غار ثور بعد ثلاث لَيال براحلتيهما صبح ثلاث .

ومنها آخر : أخرجه ابن حبان في «صحيحه» عن سويد بن قيس قال : جلبت أنا ومخرمة العبدي بزاً من هجر ، فأتانا رسول الله ﷺ فساومنا سراويل ، وعنده وزان يزن بالأجر ، فقال له رسول الله ﷺ : « **زن وأرجح** » .

م: (**وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة**) ش: أي تنعقد الإجارة ساعة بعد ساعة على حسب حدوث المنافع ، لأن ما هي المعقودة عليها فالملك في البدلين أيضاً يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة ، وعندنا محل العقد المنافع والعين جعلت خلفاً عنها في حق إضافة العقد ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي وأكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعي : محل العقد العين ؛ لأنها الموجودة ، والعقد يضاف إليها ، ثم عند الثلاثة يجعل العين المعدومة كالموجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد .

ويبتنى على هذا مسائل :

منها : الأجرة تملك بنفس العقد عند الشافعي وأحمد ، وعندنا لا تملك إلا بأحد معان ثلاث ، أما شرط التعجيل من غير شرط ، أو استيفاء المعقود عليه في العيون ، أو بالتمكن من الاستيفاء . وقال مالك : تملك الأجرة لا يكون إلا بالاستيفاء فقط .

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكًا واستحقاقاً حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا ،

ومنها : إذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل العقد عند الثلاثة .

ومنها : يجوز عندهم إجارة سكن دار بسكنى دار أخرى .

ومنها : إذا أجر عبداً ثم أعتقه بقي العقد عندهم .

م: (**والدار أقيمت مقام المنفعة**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إذا كان انعقاد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها . وإذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمتنع بلا عذر .

وتقرير الجواب أن الدار أقيمت مقام المنفعة م: (**في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول**) ش: إلزاماً للعقد في المقدار المعين م: (**ثم عمله يظهر**) ش: أي عمل العقد وهو أثره م: (**في حق المنفعة تملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة**) ش: أراد أن حكم اللفظ يتراخى إلى حين وجود المنفعة من حيث الملك والاستحقاق فيثبتان معاً حال وجود المنفعة ، بخلاف بيع العين فإن الملك في البيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى زمان نقد الثمن .

فإن قلت : ما الفائدة في قوله استحقاقاً ؟ .

قلت : بينهما مغايرة فلذلك ذكره ، لأن الاستحقاق لا يكون إلا بعد ثبوت الملك ، ولكن في البيع يتأخر كما ذكرنا ، بخلاف الملك وأما في الإجارة فمن ضرورة تأخر الملك يتأخر الاستحقاق ، وهذا بعد الاستيفاء لا يمكن القول بتراخي الاستحقاق فافهم .

وإنما ذكر قوله يرتبط الإيجاب بالقبول لأنها عقد وهما من أركان العقود ، ويجب أن يكونا بلفظين يعبران عن الماضي نحو أن يقول أحدهما أجرت ، ويقول الآخر قبلت ، ولا ينعقد إذا كان أحدهما ماضياً والآخر مستقبلاً كما في البيع ، وينعقد بلفظ الإعارة حتى لو قال أعرتك هذه الدار شهراً بكذا ، وقال كل شهر بكذا صحت ، وحتى لو قال وهبتك منافع هذه الدار شهراً بكذا أو ملكت منافعها بكذا وينعقد بالتعاطي أيضاً . وقال شيخ الإسلام : ينعقد بلفظ البيع ويجوز استعارة لفظ البيع لتمليك المنفعة مجازاً ، وبه قال الشافعي وأحمد . وعن أحمد : لا ينعقد بلفظ البيع كقولنا وينعقد بلفظ الكراء ونحوه .

م: (**ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة**) ش: أي لا يصح عقد الإجارة حتى تكون المنافع معلومة م: (**والأجرة معلومة**) ش: وهذان لا خلاف فيهما م: (**لما روينا**) ش: أشار به إلى قوله عليه

ولأن الجهالة في المعقـود عليه وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثـمن والمثمن في البيع . وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة ؛لأن الأجرة ثمن المنفـعة فتعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان ،

السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره فالحديث دل بعبارته على اشتراط إعلام الأجرة وبدلالته على اشتراط إعلام المنافع لأن اشتراط إعلامها لقطع المنازعة فالمنفعة تشاركها في المعنى م: (**ولأن الجهالة في المعقود عليه ، وفي بدله تفضي إلى المنازعـة كجهالة الثمن والمثمن في البيع**) ش: لأن شرعية المعاوضات لقطع المنازعات والجهالة فيهما مفضية إليها .

م: (**وما جاز أن يكون ثمناً في البيع**) ش: كالنقود والمكيل والموزون م: (**جاز أن يكون أجرة في الإجارة**) ش: إلى هنا لفظ القدوري قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرحه : وهذاالذي ذكر ليس على وجـه الحد ، وإنه لا يجوز غيره يبين ذلك أن الأعيان لا تكون أثمـاناً وتكون أجرة ، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب ، وقال الأترازي : يعني ما ذكره القدوري مطرد وليس ينعكس وأراد بالأعيان ما لم يكن مثلياً كالحيوان، ثم الحيوان إنما يصلح أجرة إذا كان معيناً وإلا فلا .

وقال الكرخي في « مختصره » في الفرق بين المبيع والثمن : ما يتعين في العقد فـهو مبيع ومـا لم يتـعين فـهـو ثمن ، إلا أن يقع عليـه لفظة البيع . قـال الفـراء : الثـمن مـا كـان في الذمـة ، فالدراهـم والدنانير أثمـان أبداً لا يتـعين بالعقـد على أصـول أصـحـابنا ، فـإنما يثبت في الذمـة ، والأعيان التي ليست من ذوات الأمثال مبيعه أبداً ، والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة بين مبيع وثمن .

فإن كانت معينة فهي مبيعة أيضاً ، وإن كانت غير معينة فإن استعملت استعمال الأثمان فـهي ثمـن نحـو أن يقـول اشـتـريت منك هذا العـبـد بكذا وكـذا حنطة ونـصف . وإن اسـتـعـملت استـعـمال المبيع كـان سلمًا نحو أن يقـول اشتريت منك كـذا حنطة بهذا العـبد فلا يصح العقد إلابطريق السلم والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنهـا لا تتعين بالتعيين ، كـذا ذكره الشيخ أبو الفضل الكرماني في « الإيضاح » .

م: (**لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع**) ش: أن الإجارة بيع المنفعة والأجرة ثمنها فيعتبر بالمبيع م: (**ومـا لا يصلح ثمناً يصـلـح أجرة أيـضاً كـالأعيـان**) ش: التي لـيـست من ذوات الأمـثـال كالحيوانات والـعدديات المتفاوتة فإنها لا تصح ثمناً أصلاً لما مر في البيوع أن الأصـول ثلاثة ثمن محض كـالدراهم ، ومبيع محض كـالأعـيان التي لـيست من ذوات الأمثال ، ومـا كـان بينهـما كـالمكيـلات والموزونات ثم الأعيـان إنما تصح أجرة إذا كـانت معينة كـمـا إذا استأجـر داراً بثوب معين، وإن كان لا يصلح ثمناً قيل فيه نظر ، فإن المقايضة بيع وليس فيها أعيان الجانبين ، فلو لم

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحيـة غيره لأنه عوض مالي ، والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كـاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعـة فيصح العـقد على مدة مـعلومة ، أي مـدة كانت لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت ، وقوله :

يصح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل .

ويمكن أن يجـاب عنه بأن النظر على المثـال ليس من دواب المناظرين ، فـإذا كـان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر كالتمثيل بالمنفعة فإنها تصح أجرة إذا اختلفت جنس المنافع كما إذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمناً أصلاً .

م: (**فهذا اللفظ**) ش: أشار به إلى قوله مـا جاز أن يكون ثمناً في البيع ، إلى آخـره ، وهذا لفظ القـدوري م: (**لا ينفي صـلاحيـة غيـره**) ش: أي غـير الثـمن م: (**لأنـه**) ش: أي لأن الأجـرة والتذكير على تأويل الأجرة م: (**عوض مـالي**) ش: فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال مجاز أن يقع أجرة، وبه قال الثلاثة -رحمهم الله- حتى قالوا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ، لأن السكنى يجوز أن يكون ثمناً فـيجـوز أن يكون أجـرة ، وكـره الثوري الإجـارة بطعـام موصـوف في الذمة . ثم الأجرة إن كانت من النقود يشترط بيـان جنسها وصـفتها بأنها جيدة أو وسط أو رديئة، وإن كانت مكيلا أو موزوناً أو عددياً متقارباً يشترط فيها بيان القدر والصفة ، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة-رحمه الله- خلافاً لهما والثـلاثة ، وإن كـان عرضـاً أو ثوباً يشـترط فيـه شرائط السلم ، وفي هذا كله إذا كـانت الأجرة حيـواناً لا يجـوز إلا إذا كـان عـيناً فـإعلامـه بالإشـارة لأنهـا أبلغ أسـبـاب التـعريف ، وإن كـانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كان عيناً لعدم ثبوت الحيوان في الذمة بدلاً عما هو مال .

م: (**والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومـة أي مدة كانت**) ش: هذا لفظ القدوري، وبه قال كـافـة أهل العلـم إلا أن الأصحـاب اختلفوا في مذهبه ، فمنهم من قال : له قولان ، أحدهما : كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح . والثاني : لا يجوز أكثر من سنة لأن الجواز للحاجة ولا حـاجة في أكثر من السنة ، ومنهم من قال قولاً ثالـث : أنها لا تجوز أكثر من ثلاث سنين ، لأن الغالـب أن الأعيان لا تبقى أكثر منها وتتغير الأسعار والأجر .

قلنا : هذا مخالف لقوله تعالى : ﴿ **على أن تأجرني ثماني حجج** ﴾ (القصص : الآية ٢٧) ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لـم يقم دليل على نسخه م: (**لأن المدة إذا كانت معلومة كـان قدر المنفعة فيـها معلوماً إذا كـانت المنفعة لا تتـفاوت**) ش: احترز بهـذا عن استئـجار الأرض للزراعة إلى مـدة مـعلومـة ، حتى لا يصلح أن يسـمى مـا يزرع فـيـهـا على مـا يجيء . م: (**وقـوله**) ش: أي قـول

«أي مدة كانت » إشارة إلى أنه يجوز ، طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ، ولتحقق الحاجة إليها عسى ، إلا أن في الأوقاف لا تجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي مازاد على ثلاث سنين وهو المختار ، قال : وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه أو خياطته ، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره ،

القدوري : م: (**أي مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة**) ش: وفي «الذخيرة » : ولو وقتا مدة الإجارة وقتاً لا يعيش إليها أحدهما قبل المدة لا يصح ، به أفتى القاضي أبو عاصم العامري ، لأن الغالب كالمتيقن في حق الأحكام فكانت الإجارة مؤبدة ، والتأبيد يبطل الإجارة.

وقال الخصاف : يجوز لأن العبرة للفظ فإنه يقتضي التوقيت ولا عبرة بموت أحدهما قبل انتهاء المدة، لأن ذلك عسى يوجد وعسى لا يوجد كما لو زوج امرأة إلى مائة سنة فإنه توقيت لا تأبيد حتى يكون متعة ، وإن كانت المدة لا يعيش إليها غالباً، وجعل نكاحاً موقوفًا اعتباراً للفظ . م: (**ولتحقق الحاجة إليها عسى**) ش: أي إلى المدة الطويلة وعسى هاهنا وقع مجرداً عن الاسم والخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يتحقق الاحتياج ، وأهل العربية يأبون ذلك م: (**إلا أن في الأوقاف**) ش: استثناء من قوله أي مدة كانت م: (**لا تجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها**) ش: أي ملك العين المستأجرة .

م: (**وهي**) ش: أي الإجارة الطويلة في الأوقاف م: (**ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار**) ش: أي المختار في المذهب أن لا يزيد على ثلاث سنين وهو اختيار مشايخ بلخ . وقال غيرهم : يجوز وبه قال أكثر أهل العلم. ولكن يرفع الى الحاكم حتي يبطلة وبه أفتى الفقيه أبو الليث ، كذا في «التتمة » . هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة ، وأما إذا شرط فليس لمتولي الوقف أن يزيد على ذلك ، فإن كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها . وفي شرح « حيل الخصاف » قال بعض مشايخنا : يجوز الإجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقدوا عقوداً متفرقة كل عقد على سنة فيكتب في الصك كذلك فيكون العقد الأول لازماً ، والثاني غير لازم لأنه مضاف .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وتارة تصير**) ش: أي المنافع م: (**معلومة بنفسه**) ش: أي بنفس العقد م: (**كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبها مسافة سماها لأنه إذا بين الثوب**) ش: بأنه قطن أو كتان أو صوف أو حرير لأنه متعارف في الصبغ والخياطة م: (**ولون الصبغ**) ش: بأنه أحمر أو أصفر ونحوهما م: (**وقدره**) ش:

وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد . وربما يقال الإجارة قد تكون عقداً على العمل كاستئجار القصار والخياط ، ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك في الأجير المشترك . وقد يكون عقداً على المنفعة كما في أجير الواحد

أي قدر الصبغ بأن يلقيه في حب الصبغ مرة أو مرتين م: (**وجنس الخياطة**) ش: بأنها فارسية أو رومية م: (**والقدر المحمول**) ش: على الدابة بأنه قنطاران م: (**وجنسه**) ش: أي جنس المحمول بأنه حنطة أو شعير أو علف م: (**والمسافة**) ش: بأنه يوم أو يومان م: (**صارت المنفعة معلومة فصح العقد**) ش: لارتفاع الجهالة المفضية إلى النزاع .

م: (**وربما يقال**) ش: إشارة إلى تخريج بعض المشايخ منهم القاضي أبو زيد فإنه ذكر في «الأسرار» أن الإجارة نوعان بيع منفعة بجنسه وهو إجارة الدار ونحوها وبيع العمل المسمى المعلوم ، وإنه يجوز من غير ذكر الوقت ، وإنه أنواع ثلاثة : بيع عمل محض كالخياطة ونحوها . وبيع عمل مع عين المال كالصناعة بصبغ الصباغ والاستصناع وهو طلب صناعة في العين ، وقد أشار إلى بعض ذلك .

وقال صاحب « التحفة » : الإجارة نوعان ، إجارة على المنافع ، وإجارة على الأعمال ، ولكل نوع شروط وأحكام .

أما الإجارة على المنافع فكإجارة الدور والمنازل والحوانيت والصناع وعبيد الخدمة ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب وحلي البسر ، والأواني للاستعمال والعقد في ذلك كله جائز . وشرط جوازه أن تكون العين المستأجرة معلومة ، والأجرة معلومة ، والمدة معلومة بيوم أو شهر أوسنة لأنه عقد معاوضة كالبيع وإعلام المبيع ، والثمن شرط في البيع ، فكذلك ها هنا . إلا أن المعقود عليه ها هنا هو المنافع فلا بد من إعلامها بالمدة والعين الذي عقد عليه الإجارة على منافعه .

وأما الإجارة على الأعمال فكاستئجار الإسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الأعمال من حمل الأشياء من موضع ونحوه ، وأحكام هذا مذكورة في الكتاب ، أشار إليه بقوله م: (**الإجارة قد تكون عقداً على العمل كاستئجار القصار والخياط ، ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك**) ش: كالخياطة الفارسية والرومية والقصارة مع النشاء أو بدونه م: (**في الأجير المشترك**) ش: أي كون العقد على العمل في الأجير المشترك م: (**وقد يكون عقداً على المنفعة**) ش: كاستئجار الرجل يوماً أو شهراً للعمل م: (**كما في أجير الواحد**) ش: بالإضافة .

وفي بعض النسخ بالأجير الواحد والأول أصح ، لأنه ذكر في «المغرب» : أجير الواحد على الإضافة أي أجير المستأجر الواحد بخلاف أجير المشترك ، وفي معناه الأجير الخاص، ولو

ولا بد من بيان الوقت ، قال : وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلاً لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم ، لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد .

حرك الحاء صح ، لأنه يقال رجل وحد أي واحد م: (**ولا بد من بيان الوقت**) ش: أي المدة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**وتارة تصير المنفعة**) ش: أي المنافع م: (**معلومة بالتعيين ، والإشارة كمن استأجر رجلاً لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم لأنه**) ش: أي لأن الرجل المستأجر م: (**إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد**) ش: بدون ذكر المدة، والله أعلم بالصواب .

* * *

باب الأجر متى يستحق

قال : الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بإحدى معاني ثلاثة :

م: **(باب الأجر متى يستحق)**

ش: لما كانت الإجارة موقوفة على إعلام الأجرة احتاج إلى بيان وقت وجوبها ولو بوب له باباً .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(الأجرة لا تجب بالعقد)** ش: أي بنفس العقد، قال تاج الشريعة : أراد وجوب الأداء . أما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد . وقال السغناقي : لا تجب ، معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ، وقال صاحب العناية هذا ليس بواضح ، لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع ، فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ، ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن . والصواب أن يقال معناه لا يملك لأن محمداً -رحمه الله- ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك وما لم يملك لم يجب إيفاؤها .

فإن قلت : فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التمليك كان أعم منه . وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز لعدم دلالة الأعم عليه أصلاً .

قلت : أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن يكون الأجرة مما ثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التمليك لا محالة ، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي -رحمه الله- : يملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً ، انتهى .

قلت : ذكر في « الذخيرة » يجب أن يعلم أن الأجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط تعجيلها سواء كانت عيناً أو ديناً ، هكذا ذكر محمد في «الجامع» وذكر في الإجارات إن كانت عيناً لا تملك بنفس العقد وإن كانت ديناً تملك بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين المؤجل .

فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع . وقال بعضهم ما ذكره في الإجارات قوله أولاً وما ذكره في « الجامع » أخرى وهو الأصح ، لأن الإجارة عقد معاوضة فيوجب المساواة بين البدلين ما أمكن ما لم يغير بالشرط . فلو قلنا أن إيفاءها يجب قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة ، وبه قال مالك .

م: **(وتستحق بإحدى معاني ثلاثة)** ش: وفي بعض النسخ بأحد معان ثلاثة فوجهه أن يكون على تأويل العلل ، لأن المراد من المعاني العلل ، ولكن الفقهاء يكفون عن استعمال العلل

إما بشرط التعجيل ، أو بالتعجيل من غير شرط ، أو باستيفاء المعقود عليه . وقال الشافعي - رحمه الله- : تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد ، فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ، ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا ، والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة ، فمن

لكونها من اصطلاحات الفلاسفة . وقال تاج الشريعة : المسموع من السلف بأحد معان إذ المراد من المعاني العلل م: (**إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه**) ش: وفي العيون أو بالتمكن من الاستيفاء .

قيل : شرط التعجيل شرطاً فاسداً ، لأنه يخالف مقتضى العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة فيفسد العقد .

أجيب : بأن وجوب الأجرة من مقتضيات العقد ، والعقد يقتضي ثبوت العقد عقيبه ، إلا أن التعجيل سقط لمانع وقد زال المانع كالبيع يقتضي ثبوت الحكم عقيبه وبالخيار ، ولا يثبت المانع فإذا ثبت ثبت مضافاً إلى العقد السابق كذا هنا .

فإن قلت : كيف يستحق بالتعجيل من غير شرط ، والمساواة بين البدلين شرط .

قلت : لأنه عجل بعد انعقاد سبب الوجوب ، لأن سببه هو العقد ، إلا أنه ما عمل عمله في إيجاب الملك في الأجرة للحال لتحقق المساواة ، فإذا عجل فقد رضي ببطلان حقه في المساواة فصح كتعجيل الزكاة قبل حولان الحول ، وتعجيل الدين المؤجل كالبائع إذا سلم المبيع قبل استيفاء الثمن ، فإنه يصح ، لأنه يعد سبب الوجوب .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله- : تملك بنفس العقد ، لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد**) ش: وهذا صحة الإجارة بأجرة مؤجلة ولو لم يجعل موجوده كان ديناً بدين وهوحرام لا محالة ، وإذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع م: (**فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل**) ش: ولهذا صح الإبراء عن الأجرة قبل استيفاء المنفعة بالإجماع وصح الارتهان به بالإجماع ، وبه قال أحمد .

فإن قيل : الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك .

فالجواب : أن الضروري إذا ثبت يتبع لوازمه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد .

م: (**ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا**) ش: يعني في أول هذا الكتاب م: (**والعقد معاوضة**) ش: أي عقد الإجارة معاوضة بلا خلاف م: (**ومن قضيتها**) ش: أي من قضية المعاوضة م: (**المساواة**) ش: أي من حكم عقد المعاوضة المساواة بين البدلين م: (**فمن**

ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر ، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل من غير شرط ، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله . وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها

ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر) ش: وهو الإبراء تحقيقاً للمساواة .

م: (**وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل**) ش: أي الأجرة م: (**من غير شرط ، لأن المساواة تثبت حقاً له وقد أبطله**) ش: أي المستأجر المستعجل .

فإن قلت : ما فائدة هذا الخلاف قد ذكر علي والدين في طريقة الخلاف أن فائدته هي أنه لا يثبت لمؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال . ولو كانت الأجرة عبداً وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال ، وعنده ولاية المطالبة في الحال ويعتق عليه في الحال .

والجواب : عن قوله : «ولو لم يجعل موجوده كان ديناً بدين وهو حرام» أن ذلك ليس بدين ، لأن الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين ، وهذا طريق شائع يتابع لكونه إقامة السبب مقام المسبب . وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك .

م: (**وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الأجر ، وإن لم يسكنها**) ش: ذكر هذان البابان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء ، لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة ، أو باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه يقوم مقامه أحياناً ، ويدل أن الاقتسام لا يكون قسماً بذاته ، كذا قاله صاحب العناية وفيه نظر . لأنا لا نسلم أن التمكن من الاستيفاء بدل بل هو قسم بذاته ، فلذلك عده البعض رابعاً . ثم قول المصنف : فعليه الأجرة وإن لم يسكنها ليس على إطلاقه بل مقيد ، وبه قال أكثر أهل العلم .

الثاني : أن تكون الإجارة صحيحة ، ألا ترى إلى ما قال في تتمة الفتاوى لا يجب الأجرة في الإجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة ، وإنما تجب بحقيقة الاستيفاء ، بخلاف الإجارة الصحيحة ، فإن الأجرة تجب فيها بالتمكن من استيفاء المنفعة ، ثم في الإجارة الفاسدة . وإنما تجب الأجرة بحقيقة الاستيفاء إذا وجد التسليم إلى المستأجر من جهة الأجر . أما إذا لم يوجد التسليم إليه من جهة الأجر لا يجب الأجر وإن استوفى المنفعة . ونقله عن شروح« الجامع الكبير» .

والثالث : ما ذكره في «الذخيرة »وشرح «الأقطع» إن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه ، حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر فأمسكها

لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور ، فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به ، فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة ، لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر

المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير إلى الكوفة فلا أجر . وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركب وجب الأجر . وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- يجب الأجر في الوجهين ، لأن المنافع بلغت تحت يده باختياره .

قلنا : العقد وقع على المسافة كان بالتسليم في غيرها لا يستحق البدل ، وينبغي أن يكون التمكن من الاستيفاء من المدة ، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر ، وإن استأجر دابة إلى مكة فلم يركبها ، بل مشى فإن كان بغير عذر في الدابة فعليه الأجر ، وإن كانت لعلة في الدابة بحيث لم يقدر على الركوب لا أجر عليه .

ولو استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم أنه لو كان لبسه لا ينخرق لتمكن اللبس ، فإذا مضى وقت يعلم أنه لو كان يلبسه ينخرق سقط عنه الأجر لتعذر جعله منتفعًا به .

وفي النوازل نظر لهذا بالمرأة إذا أخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب نفسها إذا مضى وقت لو لبسته لبساً معتاداً ينخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى وإلا فلا .

وفي «خلاصة الفتاوى» : إذا أجر داراً وسلمها فارغة إلا بيتاً ، كان مشغولاً بمتاع الأجر أو سلم إليه جميع الدار ثم انتزع بيتاً منها من الدار رفع عن الأجر بحصة البيت .

وسكوت المصنف عن هذه القيود للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح ، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع من الانتفاع به ، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد والمكان ، فكان معلوماً عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذلك اعتماداً عليهما .

م: (**لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه ، إذ التمكن من الانتفاع يثبت به**) ش: أي بتسليم المحل م: (**فإن غصبها**) ش: أي العين المستأجرة م: (**غاصب من يده سقطت الأجرة ، لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد**) ش: وذكر الفضل قاضي خان في الفتاوى لا لتنفسخ الإجارة ولكن م: (**فسقط الأجر**) ش: ما دامت في يد الغاصب ، وبه قال الشافعي ، ولكن له حق الفسخ .

وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط الأجر بقدره إذ الانفساخ في بعضها . ومن استأجر داراً فللمؤجر أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة ، إلا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد ؛لأنه بمنزلة التأجيل ، وكذلك إجارة الأراضي لما بينا . ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة ، لأن سير كل مرحلة مقصود ،

م: (**وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط الأجر بقدره إذ الانفساخ في بعضها**) ش: أي بقدر المدة التي وجب فيه الغصب وليس فيه خلاف .

م: (**ومن استأجر داراً**) ش: ذكر هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الأجر ، أي من استأجر داراً مدة معلومة م: (**فللمؤجر أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة**) ش: قال السغناقي- رحمه الله- : في الصواب أن يقال فللمؤجر لأن قولنا أجر الدار هو أفعل لا فاعل ، واسم الفاعل منه المؤجر لا المؤاجر .

قلت : قد بينت فيما مضى أن المؤاجر ليس بفاعل من أجر ، وإنما هو فاعل من واجر وقد بينت أنه لغة العوام فإنهم يقولون واجر موضع آجر ، فبالضرورة إذا أخذوا منه الفاعل يقولون مؤاجر فالخطأ في قولهم واجر لا في قولهم مؤاجر ، فافهم .

وقال في شرح « الأقطع » : وقال زفر : لا يطالبه إلا بعد مضي مدة الإجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبي حنيفة -رحمه الله- الأول ، لأن جميع المعقود عليه لم يصر مسلماً فلا يطالبه ببدله ، بخلاف ما إذا بين الاستحقاق مثل أن يقول أجرتك هذا الدار بكذا شيئاً على أن تعطيني الأجر بعد شهرين .

ولنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقاً للمعادلة بين المتعاقدين فكان القياس أن تجب الأجرة حالاً فحالاً ، كما لو قبض بعض المبيع واستهلكه ، إلا أنهم استحسنوا فأوجبوا الأجرة يوماً فيوماً تيسيراً .

م: (**إلا أن يبين**) ش: أي المستأجر م: (**وقت الاستحقاق بالعقد ، لأنه بمنزلة التأجيل**) ش: والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل م: (**وكذلك إجارة الأراضي**) ش: يعني إذا أجر الأرض له أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم لأنه منفعة مقصودة ، إلا إذا بين وقت الاستحقاق فلا يطالبه إلا في ذلك الوقت لأنه بمنزلة التأجيل م: (**لما بينا**) ش: وهو قوله لأنه منفعة مقصودة . . . إلى آخره .

م: (**ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود**) ش: قال الكاكي : هذا قول الكرخي ذكره في المبسوط والإيضاح . وأما قول أبي حنيفة-

رحمه الله- المرجوع إليه لم يقدر بتقدير ، بل قال كل ما سار مسيراً له من الأجر شيء معروف، فله أن يأخذه بذلك ، وهو قول أبي يوسف ومحمد -رحمه الله .

وقال الأترازي : نسبة ما ذكره القدوري إلى الكرخي عيب جداً ، لأن الكرخي نص في «مختصره » أنه قول أبي حنيفة -رحمه الله- الأخير ، ألا ترى أنه قال فيه .

وقال أبو حنيفة فيما له وقت يطالبه بأجرة كل يوم يمضي من مدة الإجارة ، وكذلك في المسافة على قدر ما قطع منها فيما يمكن تحصيل جزء من أجزائه .

وقال أبو يوسف -رحمه الله- : عن أبي حنيفة -رحمه الله - في الذي يكتري إلى مكة للحال أن يطالبه بالأجرة يوماً بيوم ، وهو قول أبي حنيفة الآخر وهو أيضاً قول محمد - رحمه الله .

وقال أبو يوسف في الدور والمنازل : إذا استأجر الرجل شيئاً منها شهر بأجر معلوم فليس له أن يأخذ الأجرة إلا إذا مضى شهر وليس له أن يطالب مثل ذلك ، روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . وروى عنه في الذي استأجر إبلا إلى مكة أنه لا يأخذ الأجر منه حتى يسير الثلث أو النصف وقال استخسر ذلك في الشقة البعيدة .

وقال زفر : إذا استأجر الرجل داراً كل شهر بعشرة دراهم وكل سنة بمائة درهم فليس له أن يأخذ من الأجر شيئا حتى يمضي شهرفي قوله كل شهر ، وحتى تمضي سنة في قوله سنة . فإن استأجر اثنا عشر سنة بألف درهم لم يكن له أن يطالب بشيء من ذلك حتى تمضي المدة ، وكذلك قال في المكر إلى مكة ذاهباً وجائياً أنه لا يطالب بالأجر حتى يذهب ويجيء ، وهذا قول أبي حنيفة -رحمه الله- الأول ، وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- رواه محمد -رحمه الله- في الأصول .

وأما في الأصل فهو عندي قوله الأخير لأنه قال في رمضان سنة إحدى وثمانين ومائة ، وهذا قبل موته ليس بمشهور ، انتهى .

وفي « التقريب » للقدوري : قال أبو حنيفة - رحمه الله- : إذا استأجر إبلا إلى مكة لم يلزمه تسليم الأجرة حتى يرجع، وهو قول زفر ثم رجع أبو حنيفة وقال كلما سار مرحلة طالبه بقدره ، وهو قولهما ، وكذا ذكره في « المختلف » في باب زفر -رحمه الله- .

م: (وكان أبو حنيفة -رحمه الله- يقول أولاً لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر ،

وهو قول زفر -رحمه الله- لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل . ووجه القول المرجوع إليه أن القياس استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة ، إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا . قال : وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يتفرغ من العمل ، لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الأجر به ، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ

وهو قول زفر -رحمه الله- ، لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل) ش: كالخياطة ، فإن الخياط لا يستحق الأجر قبل الفراغ .

فإن قيل : قال فلا يتوزع الأجر على أجزائها يعني المنافع ، وهو خلاف المشهور أن أجر العوض ينقسم على أجزاء المعوض ، وقال المنافع على العمل وهو فاسد ، لأن شرط انقسام المماثلة بين الأصل والفرع وهو منتف ، لأنه في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدر ، ولا كذلك العمل ، لأنه لم يتسلم من الخياط شيئًا .

فالجواب : أن أجزاء العوض ينقسم على أجزاء المعوض وجوباً وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط ، وهو تقدير ، إلا أن عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك سليماً تقديراً ، على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه ، فإنه لو كان صحيحاً البتة لم يكن للرجوع عنه وجه .

م: (ووجه القول المرجوع إليه أن القياس) ش: يقتضي م: (استحقاق الأجر ساعة فساعة لتحقق المساواة) ش: بين البدلين م: (إلا أن المطالبة في كل ساعة) ش: هذا الاستثناء لبيان وجه ترك القياس وهو أن المطالبة كلما سار شيئاً ولو خطوة م: (تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به) ش: بل المطالبة حينئذ تقضي إلى عدمها ، فإن المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهة المؤجر ، فيمتنع المطالبة . وما أفضى وجوده إلى عدمه فهو منتف م: (فقدرنا بما ذكرنا) ش: من اليوم في الدار والمرحلة في البعير استحساناً .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يتفرغ من العمل) ش: كله م: (لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الأجر به) ش: وهذا يشير إلى أنه إذا كان ثوبين ففرغ أحدهما جاز أن يطلب أجرته لأنه منتفع به م: (وكذا إذا عمل) ش: أي الخياط م: (في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ) .

ش: قال السغناقي : هذا وقع مخالف لعامة روايات الكتب عن« المبسوط » و«الذخيرة » و«المغني » وشرح « الجامع الصغير » لفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي و« الفوائد

لما بينا ، قال : إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم . قال : ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لأن تمام العمل بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم. فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر ، لأنه صار مسلماً بالوضع في بيته ولا ضمان عليه ، لأنه لم توجد منه الجناية . قال -رضي الله عنه- : وهذا

الظهيرية» لما أنه ذكر فيها أن العامل في بيت المستأجر يستحق الأجر بقدر عمله ، حتى لو سرق الثوب فله الأجر بقدر عمله ، لأن كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ، ولعله اتبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم فإنه ذكره كما ذكر في «الكتاب» .

وعند الشافعي وأحمد -رحمهما الله - يستحق المطالبة بعد الفراغ من العمل ، ولكن يجب بنفس العقد م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله ، لأن العمل في البعض غير منتفع به .

م: (**قال : إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم**) ش: أي في التعجيل م: (**قال : ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لأن تمام العمل بالإخراج**) ش: ذكر هذا البيان حكمين : أحدهما : أن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة حتى يفرغ من عمله ، والثاني : أن فراغ العمل بماذا يكون ففي استئجار الخباز لا يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لأن كل واحد لا بجنسه على وجه لاينقطع ، فإن قبل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ، ومن عمل لواحد فهو أجير واحد واستحقاقه الأجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل .

أجيب بأن : أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كمن استأجر شهراً لخدمة ، وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً يوقف استحقاقه على فراغ العمل .

م: (**فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم**) ش: وفي المبسوط وهو ضامن ، لأن هذا جناية يد ويخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه مخبوزاً وأعطاه الأجر ، وإن شاء ضمنه دقيقاً ولم يكن له أجر .

م: (**فإن أخرجه**) ش: من التنور م: (**ثم احترق من غير فعله**) ش: أراد أنه هلك من غير صنعته، لأن الاحتراق هلاك ، أو احترق بنار أخرى أو رماه أحد في التنور م: (**فله الأجر**) ش: المسمى م: (**لأنه صار مسلماً**) ش: بكسر اللام م: (**بالوضع في بيته ولا ضمان عليه ، لأنه لم توجد منه الجناية**) ش: فلا ضمان إلا على الجاني . قال العبد الضعيف -رحمه الله- : أراد به نفسه م: (**قال - رضي الله عنه - : وهذا**) ش: أي قوله لا ضمان عليه أو عدم الضمان في الهلاك بعد

عند أبي حنيفة -رحمه الله- لأنه أمانة في يده ، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له ، لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر . قال : ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه اعتباراً للعرف . قال : ومن استأجر إنساناً ليضرب له لبناً استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة- رحمه الله - . وقالا: لا يستحقها حتى يشرجها ، لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله ، فصاركإخراج الخبز من التنور ، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفاً وهو

الإخراج م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله- لأنه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له**) ش: الحاصل صاحب الدقيق بالخباز إن شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له م: (**لأنه مضمون عليه**) ش: لأن قبض الأجير المشترك مضمون عندهما م: (**فلا يبرأ**) ش: منه بوضعه في منزل ملكه ، كما لا يبرأ الغاصب من الضمان بذلك م: (**إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه الأجر**) ش: ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما ، لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه ، وحال وجوب الضمان في تنور قيمته له كذا في «الذخيرة» . وقال السغناقي : هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري ، وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه، فإنه لا ضمان بالاتفاق . أما عند أبي حنيفة -رحمه الله- لأنه لم يهلك من عمله . وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم وبه قالت الثلاثة .

قلت : هذا يتم إذا كان الوضع في بيته تسليماً .

م: (**قال : ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة**) ش: وهو طعام العرس ، والوكيرة طعام البناء ، والنجوس طعام الولادة ، وما يطعمه النفساء نفسها خرسة ، وطعام الختان أعذار ، وطعام القادم من سفره نقيعة ، وكل طعام صنع لدعوة مادية جميعاً ويقال : فلان يدعو العقر إذا خص وفلان يدعو الجعلي الأجعلي إذا عم كذا قال القتبي وغيره م: (**فالغرف**) ش: بفتح الغين المعجمة من باب ضرب يضرب وهو جعل الطعام في القصعة م: (**عليه**) ش: أي على الطباخ م: (**اعتباراً للعرف**) ش: بضم العين المهملة وهو العادة ، وإنما قيد بقوله للوليمة لأنه لو استأجره ليطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف عليه ذكره في المغني والمحيط والإيضاح ، والمرجع في الجميع الغرف .

م: (**ومن اساجر إنساناً ليضرب له لبناً**) ش: بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وهو الآجر اللبني م: (**استحق الأجر إذا أقامها عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: وبه قالت الثلاثة م: (**وقالا لا يستحقها حتى يشرجها**) ش: أي ينضدها بضم بعضها إلى بعض ، ومادته بشين معجمة وراء وجيم م: (**لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصاركإخراج الخبز من التنور ، ولأن الأجير هو الذي يتولاه**) ش: أي التشريج م: (**عرفاً**) ش: أي من حيث العرف والعادة م: (**وهو**)

المعتبر فيما لم ينص عليه . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل . ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل، بخلاف ما قبل الإقامة ، لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج . قال : وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الأجر لأن المعقود

ش: أي العرف م: (**المعتبر فيما لم ينص عليه ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن العمل قد تم بالإقامة ، والتشريج عمل زائد كالنقل . ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة ، لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج**) ش: وفائدة الخلاف أنه إذا أفسد المطر قبل التشريج أو تكسر لا أجر له خلافاً لهما .

وفي « المبسوط » : هذا كله إذا كان يقيم العمل في ملك المستأجر أما في غير ملكه فما لم يعد عليه ويسلمه إليه لا يستحق الأجر بالاتفاق ، حتى لو فسد قبل العد لا أجر له إلا على قول زفر -رحمه الله- وفي «الرندويستي»: لو ضربه في ملك نفسه لا يجب الأجر عنده إلا بالعد عليه بعد إقامته ، وعندهما بالعد عليه بعد التشريج .

وقال الكرخي في « مختصره » : وإذا استأجره ليضرب له لبناً في ملكه أو في شيء هو في يده فإن رب اللبن لا يكون قابضاً حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة -رحمه الله- لا خلاف عنه في ذلك .

وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- حتى يشرجه فإن هلك اللبن قبل الحد الذي حد كل واحد منهم في قوله فلا أجر له ، وإن كان بعد فله الأجر ، وإن كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الأجر حتى يسلمه منصوباً عند أبي حنيفة -رحمه الله- ومشرجاً عن أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الأجر ، لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب**) ش: هذا في الصباغ ظاهر ، لأن أثر عمله في الثوب موجود وهو الصبغ وأما القصار إذا كان يقصر بالنشاء والبيض فكذلك ، وإن كان يقصر بلا شيء ، قيل : ليس له أن يحبس ، لأن البياض قد اشترى بالدرن والوسخ .

فإذا زال ذلك بعمله يظهر ذلك البياض ، وقيل له الحبس أيضاً . وفي «خلاصة الفتاوى » وهذا إذا كان عمله في دكانه ، أما إذا خاط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس م: (**فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع**) ش: حيث يجوز للبائع حبسه عن المشتري حتى يقبض الثمن ، وبه قال الشافعي في وجه . وقال زفر والشافعي في قول

عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ، ولو حبسه فضاع في يده لاضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأنه غير متعد في الحبس ، فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى . قال : وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح ، لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس ، وغسل الثوب نظير الحمل . وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد

وأحمد : ليس له أن يحبس .

م: (**ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله- لأنه غير متعد في الحبس**) ش: ولا ضمان إلا على المتعدي م: (**فبقي أمانة كما كان عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة ، أي كما كان أمانة قبل الحبس فكذلك بعده م: (**ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم**) ش: أي قبل تسليمه إلى مالكه فلا يستحق شيئاً .

م: (**وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته**) ش: حال كونه م: (**غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: يعني في باب ضمان الأجير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال**) ش: بالحاء المهملة والميم أيضاً، وهو مكاري الحمل م: (**والملاح**) ش: وهو الذي يتولى أمر السفن، ويقال له النوتي بلغة أهل مصر م: (**لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس**) .

ش: لأن العمل الذي هو المعقود عليه حقيقة قد تلاشى واضمحل ، وليس لعمله أثر في العين حتى يقوم مقام العمل ، فلا يكن له ولاية الحبس ضرورة م: (**وغسل الثوب نظير الحمل**) ش: يعني إذا لم يكن ثمة من النشاء وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء ، وأما إذا كان فهي مسألة القصار ، وهذا اختيار بعض المشايخ ، اختاره المصنف ، وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان أن إحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الأصح ، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله .

م: (**وهذا بخلاف الآبق**) ش: هذا جواب عما يقال الآبق إذا رآه إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم ، وتقريره أن يقال الآبق ليس كذلك م: (**حيث يكون للراد**

حق حبسه لاستيفاء الجعل ، ولا أثر لعـمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر - رحمه الله -: ليس له حق الحبس في الوجهين ، لأنه وقع التسليم باتصال المبـيع بملكه فيسقط حق الحبس . ولنا أن الاتصال بالمحل ضـرورة إقامـة تسليم العمـل فلم يكن هو راضيـاً به من حيـث إنه تسليم فلا يسـقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضاء البائع .

حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر) ش: أي والحـال أنه لا أثر م: **(لعمله لأنه)** ش: أي الآبـق م: **(كان على شرف الهلاك وقد أحياه)** ش: يرد إلى المولى ، والإحياء الذي يتصور من العباد تخليص من الإشراف على الهلاك ، وبه فسر قوله تعالى : ﴿ **ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً** ﴾ (المائدة : الآية ٣٢)، إذ الإحياء الحقيقي لله تعالى .

فإن قلت : إذا ذبح شاة أشرفه على الهلاك ، فإنه يضمن وإن كان أحيا ملكه .

أجيب : بأن الذابح إن كان مودعاً كان أجير المالك إذا أخبر المالك فالمسألة ممنوعة .

وإن كـان أجنبياً فرضاء المالك غير معلوم ، فأما الرضى برد الآبق فمعلوم م: **(فكأنه باعه منه)** ش: أي فكأن المراد باع الآبق من المولى م: **(فله حق الحبس)** ش: كـالبائع له حبس المبيع م: **(وهذا الذي ذكرناه)** ش: يعني حق الحبس للصانع بالأجر إذا كان لعـمله أثر م: **(مذهب علمائنا الثلاثة)** ش: وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد -رحمهم الله .

م: **(وقال زفر - رحمـه الله-: ليس له حق الحبس في الوجهين)** ش: يعني في الذي يعلمه فيه أثر ، وفي الذي لم يكن . وذكر العتابي قول الشافـعي كقول زفر م: **(لأنه وقع التسليم باتصال المبيع)** ش: أي المعقود عليه م: **(بملكه)** ش: وفي بعض النسخ : باتصال المعقود عليه وهو الأظهر م: **(فيسقط حق الحبس)** ش: كما لو عمل في بيت الصاحب .

م: **(ولنا أن الاتصـال بالمحل)** ش: إنما وقـع م: **(ضرورة إقـامة تسليم الـعمل)** ش: لأن صبغ ثوب المستأجر بدون الثوب محال م: **(فلم يكن هو)** ش: أي الصابغ م: **(راضياً به)** ش: باتصال الملك م: **(من حيث إنه تسليم)** ش: أي تسليم المعقود عليه للمستأجر ، فإذا لم يكن راضياً بذلك م: **(فلا يسقط حق الحبس ، كما إذا قبض المشتري)** ش : المبيع م: **(بغير رضاء البائع)** ش: فإن اللبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه .

فإن قلت : إذا استأجر خياطاً فخاط في بيت المستأجر فبنفس الخياطة يكون مسلماً، فلو لم يكن الاتصال بالمحل تسليماً لما وقع التسليم ها هنا .

قلت : رضي الخياط بوقوع الخياطة تسليماً لمباشرته ما لا ضرورة فيه وهو الخياطة في بيت

قال : وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعلمه ، لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين .

المستأجر ، بخلاف ما نحن فيه فافترقا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه**) ش: نقل عن حميد الدين الضرير هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلاً وإليه أشار المصنف بقوله أن يعمل بنفسه م: (**فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه**) ش: أراد بالمحل نفس الصانع ، يعني شرط أن يكون محل هذا العمل هو لا غيره ، فلا يجوز أن يستعمل غيره م: (**فيستحق عينه**) ش: أي عين ذلك العمل م: (**كالمنفعة في محل بعينه**) ش: كان استأجر دابة بعينها للحمل ، فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها ولمن استأجر غلاماً بعينه ليس للمؤجر أن يدفع غلاماً آخر مكانه . قال صاحب « العناية » : وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك القن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز .

قلت : عرضه تعلق لمعنى علمه عنده فلا ينبغي أن يتعدى إلى غيره وإن كان الغير خيراً منه .

م: (**وإن أطلق له العمل**) ش: مثل أن يقول خط هذا الثوب أو اصنعه م: (**فله أن يستأجر من يعمله ، لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره**) ش: لأن المقصود هو العمل وقد حصل م: (**بمنزلة إيفاء الدين**) ش: فإن الإيفاء يحصل بالمديون وبالتبرع من غيره .

* * *

فصل

ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي له الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده إذا كانوا معلومين . وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له ،

م: (فصل)

ش: لما بين استحقاق تمام الأجر عقبه بالفصل بيان عدم استحقاق تمام الأجر أو بعضه .

م: (**ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب**) ش: أي الرجل إلى البصرة م: (**فوجد بعضهم**) ش: أي بعض عيال المستأجر م: (**قد مات فجاء بمن بقي له الأجر بحسابه**) ش: قال تاج الشريعة : أي أجرة الذهاب بكمالها واحدة المجيء بقدره ، لأن الأجر مقابل بنقل العيال لا بقطع المسافة ، ولهذا لو ذهب ولم ينقل أحداً منهم لا يستوجب شيئاً م: (**لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره**) ش: أي بقدر ما أوفى م: (**ومراده**) ش: محمد بن الحسن -رحمه الله .

وقال صاحب « العناية » : أي مراد القدوري وهذا غلط ، لأن القدوري لم يذكر هذه المسألة في « مختصره » ، وإنما هذه من مسائل « الجامع الصغير » وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله - في رجل استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فوجد بعضهم قد مات فحمل من بقي ، قال : له من الأجر بحساب ذلك م: (**إذا كانوا معلومين**) ش: يعني عياله إذا كان عددهم معلوماً ، قيد به لأنهم إذا كانوا غير معلومين يستحق جميع الأجرة ، وهذا اختيار الهندواني . وقال بهذا إذا كانت المؤنة تقل بنقصان العدد ، أما إذا كانت مؤنة البعض ومؤنة الكل سواء فإنه يجب الأجر كاملاً .

وعن الفضلي استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب ولم يجد الحنطة فعاد إن كان قال استأجر تلك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الأجر بالذهب .

ولو كان قال : استأجرتك حتى أحمل من القرية لا يجب شيء ، لأن في الأولى العقد على شيئين الذهاب إلى القرية والحمل منها ، وفي الثانية شرط الحمل ولم يوجد فلا يجب شيء، كذا في« الذخيرة » و« جامع التمرتاشي » .

م: (**وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده**) ش: أي الكتاب قيد به ، لأنه لو ترك الكتاب ثمة يستحقه أجر الذهاب بالإجماع م: (**فلا أجر له،**

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- وقال محمد -رحمه الله- : له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته . ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب ، لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ، ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة . وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع ، لأن الحمل لم ينتقض .

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وقال محمد -رحمه الله- له الأجر في الذهاب؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه ، وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به) ش: أي بقطع المسافة م: (**لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته**) ش: وعند الثلاثة له الأجر في الذهاب والرد أيضاً لثبوت الإذن بالرد دلالة إذا وجد ميتاً . وذكر أبو الليث -رحمه الله- قول أبي يوسف مع محمد وغيره مع أبي حنيفة -رحمه الله .

م: (**ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه**) ش: أي لأن نقل الكتاب م: (**هو المقصود**) ش: لما فيه من تعظيم المكتوب إليه وصلة الرحم م: (**أو وسيلة إليه**) ش: أي النقل وسيلة إلى المقصود م: (**وهو العلم بما في الكتاب**) ش: لأن إعلام ما فيه لا يتصور إلا بنقل الكتاب م: (**ولكن الحكم معلق به**) ش: أي بنقل الكتاب ، وأراد بالحكم وجوب الأجرة م: (**وقد نقضه**) ش: أي وقد نقضه الأجير النقل وهو عمله قبل التسليم م: (**فيسقط الأجر كما في الطعام**) ش: أي كما يسقط الأجر فيما إذا استأجر ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتًا فرده ، فإنه لا أجر له بالاتفاق لنفقة تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام والآن تجيء هذه المسألة ، ولهذا قال: م: (**وهي المسألة التي تلي هذه المسألة**) ش: أي مسألة الطعام هذه هي التي تأتي عقيب مسألة نقل الكتب .

م: (**وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع ، لأن الحمل لم ينتقض**) ش: لأن ترك الكتاب ثمة مفيد في الأصل ، لأنه ربما يصل إلى ورثته فينتفعون به ، وها هنا قيود أبينها لك تكثيراً للفائدة :

الأول : قيد بالذهاب بالكتاب ليشير إلى أن هذا فيما ليس له حمل ومؤنة ، حتى لو استأجر بالذهاب والمسألة بحاله فلا أجر له بالاتفاق . وعند زفر -رحمه الله- يجب وهو قياس قول الثلاثة .

الثاني : قيد بالمجيء بالجواب ، لأنه لو لم يشترط المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما إذا كان ميتاً وغائباً فإنه يجب الأجر كاملاً .

وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً ، لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام . بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد -رحمه الله- لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر . والله أعلم بالصواب .

الثالث : قيد بالذهاب بالكتاب ، حتى لو ذهب إلى فلان بلا كتاب فلا أجر له .

الرابع : قيد بأنه وجده ميتاً لأنه إذا لم يجده ميتاً وأتى بالجواب يستحق الأجر كاملاً .

الخامس : قيد بأنه وجد ميتاً حتى لو وجده غائباً ودفع الكتاب إلى آخر ليدفعه إليه أو دفعه إلى فلان وهو لم يقر ورجع بالجواب فله أجر الذهاب .

السادس : قيد استئجاره بتبليغ الكتاب لأنه لو استأجره لتبليغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد أو وجد ولم يبلغ برسالته ورجع له الأجر بالإجماع .

السابع : قيد بأنه رد لأنه لو ترك يستحق أجر الذهاب وقد ذكرناه فيما مضى .

م: (**وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً ، لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام**) ش: لأن الأجر ها هنا مقابل بصيرورة الطعام محمولاً إلى ذلك الموضع الذي عينه ، لأنه الفرض صحيح عينه وهو الربح وغيره ، فإذا رد فقد أبطل هذا الفرض فصار كالخياط إذا خاط الثوب ثم نقض حيث لا أجر له .

م: (**بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد -رحمه الله-**) ش: فإنه يقول نقل الطعام عمل مقابل الأجر لما فيه من المشقة وقد نقضه بالرد ، كما في مسألة الخياط إذا نقض . وأما نقل الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر لخفة مؤنته ، وإنما الأجر مقابل بقطع المسافة وقد قطعها في الذهاب وهو معنى قوله م: (**لأن المعقود عليه هناك**) ش: أي في مسألة نقل الكتاب م: (**قطع المسافة على ما مر والله أعلم بالصواب**) ش: وهو قوله : لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة .

***

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال : ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه وأنه لا تتفاوت فصح العقد .

م: **(باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها)**

ش: أي في الإجارة م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى)** ش: وقال الأترازي -رحمه الله- : قبل صورة المسألة فيما إذا قال استأجرت هذه الدار كذا شهراً ، ولم يبين شيئاً يعمل فيها السكنى ولا غيرها ، فعلى هذا يكون قوله السكنى متصلا بالدور والحوانيت إلى استئجار دور السكنى وحوانيت السكنى من غير أن يبين ما يعمل فيها جائز . ويجوز أن يتعلق قوله السكنى بالاستئجار ، أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأصل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسد وهو الظاهر من كلام القدوري .

قلت : فعلى قول تاج الشريعة يكون قوله للسكنى جواباً لوصفيه على قول الأترازي يحتمل الوجهين الجر على الوصفية ، والنصب على التعليل فافهم .

ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى ، قال تاج الشريعة : السكنى هو صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار ، يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى ، لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى فإنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت .

م: **(وإن لم يبين)** ش: المستأجر ما يعمل في الدور والحوانيت ، صورته أن يقول: استأجرت هذه الدار شهراً بكذا ولم يبين م: **(ما يعمل فيها)** ش: من السكنى وغيره فذلك جائز م: **(لأن العمل المتعارف فيها)** ش: أي في الدور والحوانيت م: **(السكنى فينصرف إليه)** ش: أي السكنى م: **(وأنه)** ش: أي وأن السكنى م: **(لا تتفاوت فصح العقد)** ش: وفي بعض النسخ ولأنه، وهكذا صححه صاحب العناية ، ولهذا قال : قوله : ولأنه لا تتفاوت .

جواب : عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف ، لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه .

ووجهه أن السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت ولا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح ، وهذا استحسان . وفي القياس لا يجوز لأن المقصود من بناء الدار والحانوت الانتفاع ، وهو قد يكون بالسكنى وقد يكون بوضع الأمتعة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من ذلك ، وبه قال أبو ثور .

وله أن يعمل كل شيء للإطلاق إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً

م: (**وله**) ش: أي وللمستأجر م: (**أن يعمل كل شيء للإطلاق**) ش: أي لإطلاق العقد ، ويدخل تحت قوله كل شيء الوضوع ووضع المتاع وكسر الحطب للوقود وغسل الثياب وربط الدواب ، لأن سكناها لا يتم إلا بذلك . وفي الذخيرة إنما يكون له ربط الدواب إذا كان فيها موضع معد له وإن لم يكن فليس له ذلك ، وكذا قال « الأسبيجابي » . وفي شرحه : ولو استأجرها للسكنى كل شهر هكذا فله أن يربط فيها دابته وبعيره وشاته ويسكنها من أحب ، وهذا إذا كان فيها موضع معد لذلك .

م: (**إلا أنه**) ش: أي أن المستأجر ، والاستثناء من قوله وله أن يعمل كل شيء م: (**لا يسكن حداداً**) ش: قال تاج الشريعة : فتحُ الحاء هو المسموع واستصوبه السفناقي . والأظهر ما قاله الأترازي وغيره : إنه يجوز فيه الفتح والضَم ، فعلى الفتح يكون حداداً نصب على الحال ، وعلى الضم يكون مفعولاً به ، ففي الأول ينتفي الإسكان دلالة . وفي الثاني ينتفي السكنى دلالة ، وقوله : م: (**ولا قصاراً ولا طحاناً**) ش: عطفاً على حداداً ، ونص في الذخيرة أن المراد رحى الماء أو رحى الثور .

أما رحى اليد فلا يمنع منه ، لأنه لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى في العادة، ثم قال: ورحى اليد إذا كان يضر بالبناء وهو من توابع السكنى يمنع عنه وإلا لا ، هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى . وقال أيضاً فلو قعد حداد أو غيره فانهدم شيء من البناء ضمن ذلك ولا أجر عليه فيما ضمن ، وإن لم ينهدم شيء لا يجب الأجر، لأن عمل الحدادة والقصارة غير داخل في العقد ويجب استحسانًا ، وبه قالت الثلاثة .

ولو اختلف المستأجر والآجر في ذلك فقال المستأجر استأجرتها للحدادة والآجر يقول للسكنى دون الحدادة فالقول للآجر ، لأنه أنكر الإجارة أصلا ، ولو أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر لأنه يثبت زيادة الشرط .

وقال شيخ الإسلام الأسبيجابي في شرح الكافي : وإذا استأجر بيتًا على أن يقعد فيه قصاراً فأراد أن يقعد فيه حداداً فله ذلك إذا كان مضرتهما واحدة ، أو مضرة الحداد أقل لأنه لا يلحقه في ضرر زائد فكان له ذلك، وإن كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الوصي والمسلم والذمي والحربي المستأمن والحر والمملوك والمكاتب كلهم سواء في الإجارة .

وقال أيضًا في شرح الطحاوي : ومن استأجر حانوتًا ولم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل ما بدا له ، إلا أنه لا يعمل حداداً ولا قصاراً ولا طحانًا ، وكذلك كل ما يوهن البناء ، وكذلك كل شيء استؤجر ولم يبين ذلك فله أن يعمل فيه حسب ذلك العمل إلا في أشياء معدودة إذا

لأن فيه ضرراً ظاهراً ، لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة . قال : ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ، لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها . وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط ، لأن الإجارة تعقد للانتفاع ، ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد ، بخلاف البيع ، لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق ، وقد مر في البيوع . ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت

استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها ، أو استأجر ثوبًا ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدراً للطبخ ولم يبين ما يطبخ فيها فالإجارة في هذا كله فاسدة .

م: (**لأن فيه**) ش: أي في سكنى الحداد ونحوه أو في إسكانه م: (**ضراراً ظاهراً لأنه يوهن**) ش: أي يضعف م: (**البناء فيتقيد العقد بما وراءها**) ش: أي بما وراء صنعة الحداد والقصار والطحان م: (**دلالة**) ش: أي من حيث دلالة الحال على ذلك .

م: (**قال : ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها**) ش: أي في الأراضي وفيه قيد سنذكره م: (**وللمستأجر الشرب**) ش: بكسر الشين وهو النصيب من الماء م: (**والطريق وإن لم يشترط ، لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع في الحال إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد**) ش: يعني وإن لم يذكرهما .

قال الفقيه أبو الليث في شرحه « للجامع الصغير » : وكان أبو جعفر يقول : إذا كانت الإجارات في بلدنا فالشرب لا يدخل في الإجارة بغير شرط ، لأن الناس يتملون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخل فيها إلا بالشرط .

م: (**بخلاف البيع**) ش: يعني لا يدخلان فيه إلا بالذكر م: (**لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع الجحش**) ش: مع أنه لا ينتفع به في الحال م: (**والأرض السبخة دون الإجارة**) ش: أي وبيع الأرض السبخة بفتح السين المهملة وكسر الباء الموحدة وفتح الخاء المعجمة ، وعن الكسائي بالإسكان ، وهي الأرض التي لا تنبت شيئا والجمع على سباخ م: (**فلا يدخلان فيه**) ش: أي فلا يدخل الشرب والطريق في البيع م: (**من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع**) ش: في باب الحقوق من كتاب البيوع .

م: (**ولا يصح العقد**) ش: أي عقد استئجار الأراضي الزراعية م: (**حتى يسمي ما يزرع فيها**) ش: بفتح الياء على بناء الفاعل م: (**لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها**) ش: أي ولغير الزراعة نحو البناء وغرس الأشجار ونصب الفسطاط ونحوها م: (**وما يزرع فيها متفاوت**) ش: بضم الياء على بناء المفعول ، لأن البعض قريب الإدراك والبعض بعيد ، أو لأن البعض يضر الأرض

فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة . أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة ، ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً لأنها منفعة تقصد بالأراضي ، ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة

كالذرة والبعض لا يضر كالبطيخ م: (**فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة أويقول**) ش: بنصب اللام عطفًا على قوله حتى يسمي م: (**على أن يزرع فيها ما شاء ، لأنه لما فوض الخيرة**) ش: أي الاختيار وهو بكسر الخاء وفتح التاء آخر الحروف والراء م: (**إليه**) ش: أي إلى المستأجر م: (**ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة**) ش: وفي المغني لابن قدامة : لو استأجرها للزرع مطلقًا ،أو قال لتزرعها ما شئت فإنه يصح ولو زرعها ما شاء ، وهو مذهب الشافعي ومالك - رحمهما الله .

وعن شريح لا يصح حتى يبين ما يزرع ، لأن ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان ، وهو قولنا فيما أطلق الزرع كما ذكر في الكتاب ، ثم لو زرع نوعًا من الأنواع -وهذه الصورة - ومضت المدة ففي القياس يجب عليه أجر المثل ، وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد جائزاً كما لو استأجر ثوبًا للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس فيه ، فإن عين اللابس بعد ذلك جاز استحسانًا ، كذا في الذخيرة وجامع قاضي خان .

م: (**ويجوز أن يستأجر الساحة**) ش: بالحاء المهملة المخففة ، وهي الأرض الخالية عن البناء والشجر م: (**ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً**) ش: عطف الشجر على النخل من قبيل عطف العام على الخاص ، كما في قوله تعالى : ﴿ **سبعاً من المثاني والقرآن العظيم**﴾ (الحجر: الآية٨٧) ، وفائدته الإشعار بفضل المعطوف عليه .

فإن قلت : المراد ها هنا بيان الحكم لا بيان الفضائل ، فما فائدة إفراد النخل ولا يعرفون غيره وإن كانوا يسمعون ، فربما كان يتوهم المتوهم أن حكمها مختلف ، فلدفع هذا الوهم أفرده بالذكر ، ولم أر أحداً من الشراح تعرض لهذا م: (**لأنها منفعة تقصد بالأراضي**) ش: فيصح لها العقد .

م: (**ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه**) ش: المستأجر م: (**أن يقلع البناء والغرس**) ش: بكسر الغين بمعنى المغروس ، ولا يجوز الفتح لأنه مصدر فلا يتصور فيه القلع م: (**ويسلمها إليه فارغة**) ش: أي يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغروس ، ومعناه يجبر على القلع ولا يضمن صاحب الأرض قيمة النقص ، وبه قال مالك والمزني .

وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- : إن كانا قد شرطا القلع عند انقضائها فكذلك .

لأنها لا نهاية لها ، ففي إبقائها إضرار بصاحب الأرض . بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك ، لأن لها نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين . قال : إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه فله ذلك ، وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر ، إلا أن ينقص الأرض بقلعها

وإن أطلقا العقد لم يجبر على القلع إلا أن يضمن المالك له قيمة نقضه م: (**لأنه لا نهاية لها ، ففي إبقائها إضرار بصاحب الأرض**) ش: والضرر مدفوع .

م: (**بخلاف ما إذا انقضت المدة**) ش: أي مدة الإجارة م: (**والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك ، لأن لها**) ش: أي للزرع والتأنيث باعتبار المدة ، أي لأن لمدة الزرع م: (**نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين**) ش: أي جانب صاحب الأرض بأجر المثل ، وجانب صاحب الزرع بالترك إلى الإشهار به ، قالت الثلاثة : إن لم يكن ذلك من تفريط المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصب يخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بأجر المثل . وعند الشافعي -رحمه الله- وجه يلزمه نقله . وفي «المبسوط» الجواب متحد في حق اعتبار الغرس في الإجارة والعارية والغصب حتى يجب عليهم القلع والتسليم فارغاً .

وفي الزرع اختلف الجواب ، ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لأنه متعد ، وفي الإجارات يترك إلى وقت الإدراك استحساناً بأجر المثل . وفي العارية المؤقتة وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها إلى أن يستحصد الزرع استحساناً .

م: (**قال : إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له**) ش: أي لصاحب الشجر أو لصاحب البناء م: (**قيمة ذلك مقلوعًا**) ش: أي حال كونه مقلوعًا ، لأنه يستحق القلع فتقوم الأرض بدون البناء أو الشجر ، وتقوم وبها بناء أو شجر ولصاحب الأرض أن يأمر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما كذا ذكر في «الاختيار» وغيره ، ولكن الذي يفهم من نفس التركيب أن يغرم قيمة الشجر مقلوعاً يعني مرمياً على الأرض إن كان لا ينفع إلا للحطب يكون قيمة الحطب ، وإن كان ينفع لوجه آخر يكون قيمته من ذلك الوجه ، وكذلك قيمة البناء مقلوعاً على الأرض الحجر من ناحية، والطين من ناحية م: (**ويتملكه فله ذلك**) ش: أي يتملك مالك الأرض كل واحد من البناء والشجر م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرناه إنما يجوز م: (**برضاء صاحب الغرس والشجر**) ش: لئلا يتضرر بالإجبار م: (**إلا أن ينقص الأرض بقلعها**) ش: أي بقلع الأشياء المذكورة والبناء والغرس والشجر ، لأن المذكور هذه الثلاثة .

فإن قلت : المفهوم من الغرس فيما مضى النخل والشجر حيث قال لزمه أن يقلع البناء

فحينئذ يتملكها بغير رضاه ، قال : أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا ، لأن الحق له فله أن لا يستوفيه . قال : وفي «الجامع الصغير» إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع ، لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر . قال: ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل

والغرس بعد قوله نخلاً أو شجراً ، وها هنا عطف الشجر على الغرس ، والمعطوف غير المعطوف عليه ، وترك ذكر البناء ها هنا .

قلت : أما ذكر البناء فلأن الغالب نقصان الأرض بقلع الأشجار دون البناء . وأما عطف الشجر على الغرس فليبين لنا فائدة ، وهي أن الغرس أعم من الشجر ، فالشجر اسم ما له ساق والغرس يتناول ما له ساق وما ليس له ساق ، والحكم في النوعين سواء فافهم.

فإن هذا أيضاً ما ذكره أحدٌ من الشراح م: (**فحينئذ يتملكها بغير رضاه**) ش: أي حين وجود نقص الأرض بالقلع يتملك صاحب الأرض البناء والغرس والشجر حال كونها مقلوعة بغير رضى المستأجر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**أو يرضى**) ش: أي صاحب الأرض م: (**بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا ، لأن الحق له فله أن لا يستوفيه**) ش: لأن من له الحق لا يجبر .

م: (**قال : وفي « الجامع الصغير » إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع ، لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر**) ش: إنما أورد هذا لبيان أن حكم الرطبة كحكم الشجرة . قال تاج الشريعة : الرطبة كالقصب والكراث .

قلت : الرطبة هي التي يقال لها برسيم والقرط في لغة أهل مصر ، ولكن عندهم هي كالزرع يزرع في كل سنة ، بخلاف غيرها من البلاد فإنها عندهم كالشجر في طول البقاء وليس له نهاية معلومة ، فيحكم في كل بلد بحسب عرفها والطرخون عندنا كالرطبة في طول البقاء ، وليس له نهاية معلومة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل**) ش: يعني لركوب معين إما نصاً حقيقة أو تقديراً ، وإنما قلنا هكذا ؛ لأنه إذا استأجر دابة للركوب ولم يعين من يركبه لا تصح الإجارة ، وكذا إذا استأجر ثوباً ليلبسه ولم يعين من يلبسه تفسد الإجارة، نص عليه في «المبسوط» و«الذخيرة» وغيرهما .

فإن قلت : قال القدوري : فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء ، وكذلك أن استأجر ثوباً للبس وأطلق على ما يجيء الآن في الكتاب .

لأنه منفعة معلومة معهودة ، فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من يشاء عملاً بالإطلاق ، ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين مراداً من الأصل والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص على ركوبه ،

قلت : قيل في التوفيق بين الروايات ما ذكر في « فتاوى قاضي خان » أنه لو أركب غيره أو ركبه بنفسه انقلب جائزاً بعدما وقع فاسداً فيكون معنى قوله : فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء ، أي لو أركبه ينقلب إلى الجواز بعدما وقع فاسداً ، أو يكون المراد ما ذكره الأقطع في شرحه : قوله : فإن أطلق الركوب ، أي استأجرها للركوب على أن يركب عليها من شاء ، واختاره صاحب « الكافي » .

والأوجه أن يقال : ما ذكره من الفساد جواب القياس ، ومن الجواز جواب الاستحسان فذكر في «المبسوط » بعد ذكره وجه القياس : في القياس وفي الاستحسان أن الجهالة المفسدة قد زالت بركوب نفسه وإركاب غيره فجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء .

فإن قلت : ما الدليل على جواز استئجار الدواب .

قلت : روى الواحدي في كتاب « أسباب نزول القرآن » بإسناده إلى العلاء بن المسيب عن أبي أمامة التيمي ، قال : سألت ابن عمر - رضي الله عنهما - فقلت : إنا قوم نكري في هذا الوجه وأن قوماً يزعمون أنه لا حج لنا ، قال ألستم تلبون ، ألستم تطوفون بين الصفا والمروة ، قال : بلى ، قال : إن رجلاً سأل النبي ﷺ عما سألت عنه فلم يدر ما يرد عليه حتى نزلت : ﴿**ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم**﴾ فدعاه فتلاها ، فقال أنتم الحجاج ، فدل الحديث أن استئجار الدواب جائز م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من الركوب والحمل م: (**منفعة معلومة معهودة**) ش: بين الناس .

م: (**فإن أطلق الركوب**) ش: أراد عمم ولم يقيد بركوب شخص بأن قال على أن تركب من تشاء أو على أن تركب من شئت ، أما إذا استأجر للركوب مطلقاً لا يجوز كما ذكرناه آنفاً م: (**جاز له**) ش: للمستأجر م: (**أن يُركب من يشاء**) ش: بضم الياء من الإركاب ومن في محل نصب مفعول .

م: (**عملاً بالإطلاق**) ش: أي التعميم كما ذكرنا م: (**ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين مراداً من الأصل**) ش: أي لأن ركوبه بنفسه أو إركابه غيره تعيين حال كونه مراداً من الأصل وهو الإطلاق والتعميم م: (**والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص**) ش: في الابتداء م: (**على ركوبه**) ش: شيء معين .

وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق جاز فيما ذكرنا لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس . وإن قال: على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامناً، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا . فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره ، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت ، والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه . قال : وإن سمى نوعاً وقدراً معلومًا يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم ،

م: (**وكذلك إذا استأجر ثوبا للبس وأطلق**) ش: أي عمم ولم يقيد بلبس شخص م: (**جاز فيما ذكرنا**) ش: من العمل بالإطلاق وهو أن يلبس من شاء ، ولكن إذا لبس بنفسه أو لبس واحداً ليس له أن يلبس غيره م: (**لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس**) ش: هذان يرجعان إلى الحكمين المذكورين من قبيل اللف والنشر ، فرجع كل واحد منهما إلى ما يليق به من الحكم .

م: (**وإن قال : على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب**) ش: أي هلك ، والضمير فيه يرجع إلى كل واحد من الدابة والثوب م: (**كان ضامناً ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ، فصح التعيين وليس له أن يتعداه**) ش: لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فإذا تعدى ضمن

م: (**وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل**) ش: بكسر الميم الثانية وذلك بالفسطاط ونحوه ، حتى لو استأجر فسطاطاً ودفعه إلى غيره إجارة أو إعارة فنصبه وسكن فيه ضمنه عند أبي يوسف -رحمه الله- لتفاوت الناس في نصبه واختياره مكانه وضرب أوتاده . وعند محمد لا يضمن لأنه كالدار م: (**لما ذكرنا**) ش: يعني من تفاوت الناس في الاستعمال .

م: (**فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل**) ش: كالأخصاص المبنية من البردي ، والبيوت المبنية من الخشب ونحوها م: (**إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره ، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت**) ش: في المسكن م: (**والذي يضر بالبناء خارج**) ش: هذا جواب عن سؤال من يقول قد تفاوت السكان أيضاً ، فإن الحداد ونحوه يضر بالبناء ، فأجاب عنه بأن الذي يضر بالبناء خارج ، أي مستثنى م: (**على ما ذكرناه**) ش: أشار به إلى قوله إلا أنه لا يسكن حداداً ، إلى آخره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن سمى نوعاً وقدراً معلومًا يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر**) ش: كحنطة أخرى غير الحنطة المعينة م: (**أو أقل**) ش: ضرراً م: (**كالشعير والسمسم**) ش: قال السغناقي ، وتبعه الأترازي : هذا لف

لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت ، أو لكونه خيراً من الأول . وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به . وإن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً ، لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره ، قال : وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها ،

ونشر ، فالشعير ينصرف إلى المثل ، والسمسم إلى أقل إذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن .

قلت : هذا ليس بلف ونشر ، بل كل واحد منهما ينصرف إلى الأقل ومثاله ، وأما مثل الحنطة في الضرر هو الحنطة الأخرى غير الحنطة المعينة في الإجارة كما ذكرنا ، ولا شك أن الشعير أخف من الحنطة سواء كانا وزناً أو كيلاً ، فكيف يكون مثل الحنطة في الضرر ؟ ثم قال : هذا جواب الاستحسان ، أما لو سمى قدراً من الحنطة وزناً فحمل مثل الوزن من الشعير يضمن .

وفي « المبسوط » : لا يضمن وهو الأصح ، وبه أفتى الصدر الشهيد -رحمه الله- م: **(لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت)** ش: فيما إذا كان مثلا م: **(أو لكونه خيراً من الأول)** ش: فيما إذا كان أقل ضرراً .

م: **(وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به)** ش: لأنه يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة . وفي المبسوط وكذا لو حمل وزن الحنطة قطناً يضمن، لأنه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما يأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه، كما لو حمل عليها حطباً أو تبناً .

م: **(وإن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً ، لأنه ربما يكون أضر بالدابة ، فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره ، والقطن ينبسط على ظهره)** ش: إنما ذكر هذا مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون .

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها)** ش: قيد بالإرداف لأنه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة وإن كانت الدابة تطيق ذلك ، لأن ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق عليها ، كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديداً .

وقيد بقوله : « رجلاً » لأنه إذا أردف صبياً يضمن قدر الفضل لأن الصبي لا يستمسك بنفسه على الدابة فكان كالمتاع ، وهذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك ، فإن لم تطق يضمن جميع قيمتها . وبه قال الشافعي وروي عن الشافعي : يجب على المردوف نصف الضمان .

ولا معتبر بالثقل ، لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ، ويخفف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية . ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات .

قوله : « ضمن نصف قيمتها » يعني مع تمام الأجر إذا كان الهلاك بعد البلوغ إلى المقصد ثم المالك بالخيار إن شاء ضمن المستأجر فلا يرجع المستأجر على الغير سواء كان الغير مستعيراً أو مستأجراً ، وإن ضمن الرد يرجع على المستأجر إن كان الغير مستأجراً ، وإن كان الغير مستعيراً لا يرجع .

وفي «تجريد القدوري» : استأجر دابة ليركبها فأركب غيره مع نفسه يضمن النصف سواء كان أخف أو أثقل ، وفي «الفتاوى الصغرى» و«التتمة » : استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركب وحمل مع نفسه حملا يضمن قدر الزيادة إن عطبت الدابة ، وهذا إذا لم يركب موضع الحمل بل يكون ركوبه في موضع والحمل في موضع آخر ، أما إذا ركب على موضع الحمل ضمن قيمة جميع الدابة ، كذا في إجارات شيخ الإسلام خواهر زاده .

م: (**ولا معتبر بالثقل ، لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية**) ش: أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب كيف يقعد على ظهر الدابة وكيف يضم فخذيه وكيف يحط رجليه في الركب إذا كانت الدابة تركب بالركب وكيف يمسك اللجام والخطام، فإن الدواب لا تطلق ولا تهلك تحت الركاب إلا من هذه الجهات .

م: (**ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن**) ش: قال في « الكافي » : لأن الآدمي لا يوزن بالقبان وفيه نظر ، وقد شاهدنا كثيراً من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى م: (**فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة**) ش: بضم الجيم جمع جانٍ كالقضاة جمع قاض م: (**في الجنايات**) .

ش: أراد أن الاعتبار في الجنايات المتعددة عدد الجناة لا عدد الجنايات حتى أن رجلاً إذا جرح رجلاً جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافاً ، لأنه ربما سلم المجروح من عشر جراحات ويهلك من جراحة واحدة .

وأورد شبهتان ، الأولى : أن الأجر والضمان لا يجتمعان ، وهنا قد اجتمعا ، لأنه وجب عليه نصف الضمان مع وجوب الآخر كما ذكرنا ، الثانية : أنه لو استأجرها ليركبها بنفسه فلو أركب غيره يجب عليه كل القيمة وها هنا نصف القيمة مع أنه ركب وأركب غيره ، مع أن الضرر ها هنا أكثر والضمان يدور مع زيادة الضرر .

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل ، لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه

أجيب عن الأولى بأن انتفاء الأجر عند الضمان إذا ملكه بالضمان بطريق الغصب ، لأن الأجر في ملكه ، وها هنا لم يملك شيئاً بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك ، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لا يقال حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة قد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر ، لأنا نقول إن الضرر ليس من قبل ثقل الراكب وخفته ، وإنما هو باعتبار العدد ، ولهذا يوزع الضمان نصفين .

وعن الثانية أنه إذا أركب غيره فهو مخالف في الكل ، وهنا هو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنه لو استأجرها لركوبه لم يجب الأجر إذا حمل عليها غيره ووجب الأجر إذا ركبها وحمل مع نفسه غيره .

م: (**وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه**) ش: أي من المقدار الذي عينه م: (**فعطبت ضمن ما زاد الثقل**) ش: بكسر الثاء وفتح القاف وهو ضد الخفة وهو اسم معنى وبالسكون الحمل وهو اسم غيره م: (**لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه**) ش: وقوله ما زاد الثقل مقيد بما إذا كان المزيد من جنس المسمى ، بخلاف ما إذا كان من غير جنسه كما لو استأجرها ليحمل عليها كر شعير فحمل عليها حنطة بمثل ذلك الكيل فهلك ضمن جميع قيمتها .

والفرق أن في الأول هو مأذون في حق المزيد عليه ، وفي حق الزيادة فلا يضمن لما أذن فيه . وفي الثاني تحققت المخالفة في الجميع فيضمن ، وعند الشافعي وأحمد يضمن قيمتها كلها كما في الغصب ، لأنه متعد إذا لم يكن معها صاحبها ، وإن كان صاحبها معها فإن تلف بعد التسليم إلى صاحبها لم يضمن وإن تلف في حال الحمل ضمن .

وفي قدر الضمان قولان ، أحدهما : نصف القيمة . والثاني : أنه يسقط وما قابل الزيادة يجب وإن لم يهلك يجب المسمى ، وفيما زاد أجر المثل . وعن مالك خير المالك بين تضمين القيمة بالتعدي وبين أجر المثل .

فإن قيل : ما ذكرتم ينتقض بما إذا استأجر ثوراً للطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس .

أجيب : بأن الطحن إنما يكون شيئا فشيئاً فكما طحن العشرة انتهى الإذن فبعد ذلك هو مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن الجميع . فأما الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون

والسبب الثقل فانقسم عليهما . إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة . وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة . وقالا لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد ، فكان حاصلاً بإذنه فلا يضمنه . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما وهما للمبالغة ، فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق .

في بعض مخالف في بعض فيوزع الضمان على ذلك .

وفي « تتمة الفتاوى » : استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل في الجوالق عشرين مختوماً فأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري في الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة . ولو حملاه جميعاً يعني المكاري و المستكري في الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة .

ولو حملاه جميعاً يعني المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة يضمن المستكري ربع القيمة . وإن كانت الحنطة في الجُوالَقَين فحمل كل واحد منهما جُوالقاً ووضعاهما على الدابة جميعاً لا يضمن المستأجر شيئاً وجعلَ حَمل المستأجر ما كان مستحقاً بالعقد .

م: (**والسبب الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كان حملاً**) ش: بكسر الحاء م: (**لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة**) ش: وفي بعض النسخ لخروجه عن طاقة الدابة ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وفي الشرط يضمن القيمة . م: (**وإن كبح الدابة بلجامها**) ش: أي جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري م: (**أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة . وقالا : لا يضمن إذا فعل فعلاً تعارفاً ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلاً بإذنه فلا يضمنه**) ش: وبه قالت الثلاثة وإسحاق وأبو ثور . وقال صاحب « العناية » : وفي عبارته تسامح ، لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته .

والجواب : أن اللام في المتعارف للعهد ، أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف ، وحينئذ يكون داخلا لا مراداً ، لأن العقد المطلق يتناوله وغيره .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما وهما**) ش: أي الكبح والضرب م: (**للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق**) ش: فإنه مقيد بوصف السلامة . وفي « الفتاوى الصغرى » : معلم ضرب الصبي بإذن الأب أو الوصي لم يضمن ، وهما لو ضربا يضمنان . وفي العيون المعلم والأستاذ إذا ضربا الصبي بغير إذن الأب أو الوصي ضمنا ، ولو ضرباه بإذنهما لا يضمنان ، والأب والوصي إذا ضربه للتأديب فمات ضمنا عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن . وكذلك العارية، وقيل : تأويل هذه المسألة

وفي «التتمة» : الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما . وفي «الفتاوى الصغرى» أيضاً قال أبو سليمان : إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن فمات قال أبو حنيفة تجب الدية ولا يرثه . وقال أبو يوسف : لا شيء عليه ويرثه . ولو ضرب امرأته على المضجع فماتت يضمن ولا يرثها في قولهما ، لأنه ما ضربها لمنفعة نفسها ، بخلاف الأب مع الابن .

م: (**وإن استأجرها إلى الحيرة**) ش: بكسر الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الراء المهملة وهي مدينة على ميل من الكوفة كان يسكنها النعمان بن المنذر م: (**فجاوز بها إلى القادسية**) ش: وهو موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلاً م: (**ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت**) ش: أي هلكت م: (**فهو ضامن ، وكذلك العارية**) .

ش: أي في العارية أيضاً يضمن إذا فعل ذلك ، وبه قالت الثلاثة ، وهل يجب أجر المثل في الزيادة فعندنا وعند الثوري لا يجب ، وعند الشافعي وأحمد يجب أجر المثل في الزيادة . وحكي عن مالك إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة خير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي وقد طعن عيسى بن أبان وقال إلحاق الإجارة بالعارية -كما ذكره في الكتاب- غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كما في الوديعة ، وهذا مؤنة الرد على المالك . بخلاف العارية حيث لا يرجع المستعير على المالك بشيء .

وأجيب : عن هذا بأن يد المستأجر يد نفسه لأنه قبضه لمنفعة نفسه كالمستعير ، ولكن رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة ، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان المغرور .

فإن قيل : لو استأجرت امرأة ثوباً لتلبسه أياماً فلبسته ليلاً كانت ضامنة . ثم إذا جاء النهار برئت عن الضمان فعلم أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق يبرأ المرأة الضمان .

قلنا : وجوب الضمان عليها لاستعمال دون اليد ، فإن لها أن تمسكه بالليل والنهار وقد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد بمجيء النهار .

وها هنا وجوب الضمان صح باعتبار إمساك الدابة بعد المجاوزة بدليله أنه لو لم يركبها فهلكت يضمن ، والإمساك وإن أعادها إلى الحيرة يزول بالرد على المالك أو إلى من نحو من قام مقامه ولم يوجد ، كذا ذكره المحبوبي .

م: (**وقيل : تأويل هذه المسألة**) ش: أشار بهذا إلى بيان اختلاف المشايخ في معنى وضع

إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى . أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . وقيل : الجواب مجرى على الإطلاق ، والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك . وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً ، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود، وهذا أصح ،

المسألة المذكورة فمنهم من قال تأويلها م: (**إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير**) ش: أي الدابة م: (**بالعود**) ش: من القادسية إلى الحيرة م: (**مردوداً إلى يد المالك معنى**) ش: فإنه لما كان مودعاً معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائب رد إلى المالك معنى .

م: (**أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً فيكون بمنزلة المودع**) ش: بفتح الدال م: (**إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق**) ش: حيث يخرج عن الضمان .

م: (**وقيل : الجواب مجرى على الإطلاق**) ش: يعني سواء استأجرها ذاهباً لا جائياً ، أو ذاهباً وجائياً فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان ، لأن بالمجاوزة صار غاصباً ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على نائبه ولم يوجد ، لأن محمداً لم يفصل في « الجامع الصغير » في الجواب بل أطلق .

وقال : هو ضامن من غير قيد م: (**والفرق**) ش: يعني بين الوديعة وبين الإجارة والعارية م: (**أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك**) ش: أراد نائب المالك هو المودع بنفسه ، لأنه نائبه في الحفظ لقيام الأمر به مطلقاً، فإذا عادا إلى الوفاق حصل إلى نائب المالك فبرئ من الضمان .

م: (**وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً ، فإذا انقطع الاستعمال**) ش: بالتجارة عن الموضع المسمى م: (**لم يبق هو نائباً**) ش: أي المستأجر أو المعير م: (**فلا يبرأ بالعود**) ش: أي فلا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق .

فإن قيل : غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على المالك أو نائبه .

أجيب : بأنا نزيد في المأخوذ فنقول يبرأ بالرد إلى أحد هذين أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ، كذا في الفوائد الظهيرية .

م: (**وهذا**) ش: أي الأجر على الإطلاق م: (**أصح**) ش: من التفصيل في الجواب . وفي الكافي وقيل الأول أصح .

ومن اكترى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه ، لأنه إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك ، إذ لا فائدة في التقييد بغيره ، إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة . وإن كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن ، لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً . وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج ، وهذا أولى . وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة .

م: (**ومن اكترى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه ، لأنه إذا كان يماثل الأول**) ش: أي السرج الثاني إذا كان مثل السرج الأول م: (**يتناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره**) ش: أي من حيث المنع ، أي لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبه إ ذا كان غيره يماثله .

وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح . قال الكاكي : والأولى في اللفظ هنا أن يقال بعينه . وقال الأترازي : قوله في التقييد بغيره ، أي في تقييد الضمان بغير ذلك السرج . ولو قيل بعينه كان أولى في تقييد الإذن بغير ذلك السرج ، لأنه وما يماثله سواء فلم يفسد التقييد.

قلت : فكأنما ما وقفا على كون هذه نسخة ، فلذلك قال هذا القول .

م: (**إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن**) ش: استثناء من قوله : فلا ضمان عليه ، يعني ضمن إذا كان السرج الثاني زائداً على الأول ثم بين كيفية الضمان بقوله م: (**فحينئذ يضمن الزيادة**) ش: لأنه من جنس المسمى . قال تاج الشريعة هذا إنما يستقيم إذا كان الهلاك من السرج الثاني . م: (**وإن كان لا يسرج بمثله الحمر**) .

ش: بأن سرجه بسرج البرذون م: (**يضمن**) ش: القيمة كلها م: (**لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً**) ش: فيضمن م: (**وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى**) ش: أي الضمان ها هنا أولى من الضمان فيما إذا أسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر ، لأن السرج من جنس السرج والإكاف ليس من جنس السرج ، ولأنه أثقل بالنسبة إلى السرج .

م: (**وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة**) ش: ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية « الجامع الصغير » ، لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ، ولكن قال هو ضامن .

وذكر في الإجارات يضمن بقدر ما زاد ، فمن مشايخنا من قال : ليس في المسألة روايتان ، وإنما المطلق محمول على المفسر ، ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الإجارات يضمن بقدر

وقالا : يضمن بحسابه ؛لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة ، لأنه لم يرض بالزيادة ،

ما زاد . وفي رواية «الجامع الصغير» يضمن جميع القيمة . قال شيخ الإسلام : وهذا أصح .

م: (**وقالا : يضمن بحسابه**) ش: وهو رواية عن أبي حنيفة وتكلموا في معنى هذا فقيل المراد المساحة ، حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين ، والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها .

وقيل : بحسابه في الثقل والخفة ، حتى لو كان وزن السرج منوين ، والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها . وقال الحاكم في الكافي : ولو تكارى حماراً عرياناً فأسرجه وركبه فهو ضامن له .

وقال الكرخي في « مختصره » : ولو اكترى حماراً عرياناً فأسرجه ثم ركبه كان ضامناً . وقال الأسبيجابي في شرح « الكافي » : وهذا إذا كان حماراً لا يسرج مثله عادة ، أما إذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه ، لأن المقصود هو الركوب والسرج آلة ، فلا يختلف بوضع السرج عليه .

وقال القدوري في شرحه « لمختصر الكرخي » : وقد فصل أصحابنا هذا وقالوا استأجره ليركب إلى خارج المصر لم يضمن ، لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف، فلما أجره كذلك فقد أذن له من طريق المعنى . وقالوا : وإن استأجره ليركبه في المصر وهو من ذوي الهيئات فله أن يسرجه ، لأن مثله لا يركب بغير سرج ، وإن كان من دون الناس فأسرجه ضمن ، لأن مثله يركب في البلد بغير سرج .

ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد ، لأنه ذكر الضمان مطلقاً . قال فخر الدين قاضي خان في شرح « الجامع الصغير » : اختلفوا فيه والصحيح أنه يضمن جميع القيمة . وقال الأترازي : ينبغي أن يكون الأصح ضمان قدر الزيادة لأنه استأجر عرياناً فأسرجه فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب .

وقال الكرخي في « مختصره » : إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام ، وكذلك إن أبدله وذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بإلجامه .

م: (**لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء ، فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة ، لأنه لم يرض بالزيادة**) ش: فكان متعدياً فيها فيضمنها

فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الإكاف ليس من جنس السرج ، لأنه للحمل والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفاً ، كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة . وإن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه . وإن بلغ فله الأجر . وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت ، لأن عند ذلك التقييد غير مفيد . أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد ، إلا أن الظاهر

م: (فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه) ش: أي فصار حكم الزيادة في السرج كحكم الزيادة في الحمل المسمى بأن قال خمسون بأن كان المسمى حنطة فإنه يضـ.ـمن الزيادة .

م: (ولأبي حنيفة-رحمه الله- أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل) ش: بفتح الحاء م: (والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر) ش: أراد أن الإكاف ينبسط أكثر مما ينبسط السرج م: (فيكون مخالفاً كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) ش: أي والحال أنه قد شرط للحمل الحنطة . قال صاحب « العناية » : فيه نظر ، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال، إلا إذا جعل ذلك للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه .

قلت : ليس فيه عكس ، لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا تأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الحنطة ، وهذا ظاهر على أن هذه التشقية والتشبيه لا عموم له فلا حاجة إلى النظر والجواب عنه .

م: (وإن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس) ش: أي غير الطريق الذي عينه المستأجر ، هذه جملة في محل الجر ، لأنها صفة لقوله : في طريق غيره . قيد بها ؛ لأنه إذا كان لا يسلك الناس فيه يضمن م: (فهلك المتاع فلا ضمان عليه) ش: لعدم مرداة التقييد م: (وإن بلغ) ش: بالتشديد ، كذا السماع من المشايخ ، أي فإن بلّغ الحمالُ المتاعَ ذلك الموضع الذي اشترط أن يحمل إليه - ويجوز التخفيف- ، والتأويل م: (فله الأجر) ش: لحصول المقصود م: (وهذا) ش: أي هذا الذي ذكرناه من عدم الضمان ووجوب الأجر م: (إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت ، لأن عند ذلك) ش: أي عند عدم التفاوت م: (التقييد غير مفيد ، أما إذا كان تفاوت) ش: أي إذا كان بين الطريقين تفاوت ، وهو أن يكون الذي سلكه أوعرأو أخوف م: (يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد) ش: لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه ، فإذا خالفه صار متعدياً فيضمن وإن بلغ إنيه المكان مع ذلك فله الأجر لحصول المقصود ، كذا في « الفوائد الظهيرية » .

م: (إلا أن الظاهر) ش: هذا جواب إشكال يرد على التفصيل ، تقريره أن يقال : إن محمداً أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فما هذا

عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل . وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفاً . وإن بلغ فله الأجر ، لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة ، قال: وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر ، وإن بلغ فله الأجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى . قال : ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها ، لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شر فيضمن ما نقصها ، ولا أجر له ؛ لأنه غاصب للأرض

التفصيل ؟ فأجاب بقوله إلا أن الظاهر م: (**عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل**) ش: يعني بين الطريقين بالتفاوت م: (**وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن ، لأنه صح التقييد فصار مخالفاً**) ش: صورة ومعنى فيضمن م: (**وإن بلغ**) ش: بالتشديد يعني وإن بلّغ الحمالُ المتاعَ ذلك الموضع الذي عينه .

ويجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع ، يعني إن بلَغ المتاعُ إلى المكان الذي عينه مع سلوكه في الطريق الذي لا يسلكه الناس م: (**فله الأجر ، لأنه ارتفع الخلاف**) ش: أراد به مخالفة المستأجر م: (**معنى**) ش: أي من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر م: (**وإن بقي**) ش: الخلاف م: (**صورة**) ش: أي من حيث الصورة ، وذلك لأنه سلك غير ما عينه .

م: (**قال : وإن حمله في البحر**) ش: والحال أنه أمره بالمسير في البر م: (**فيما يحمله الناس في البر**) ش: أراد حمله في طريق في البحر لا يحمل الناس فيه م: (**ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر**) ش: حتى أن للمودع أن يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر م: (**وإن بلغ**) ش: يعني المكان الذي عينه مع حملانه في البحر م: (**فله الأجر لحصول المقصود**) ش: وهو بلوغ ذلك الشيء إلى الموضع الذي عينه م: (**وارتفاع الخلاف معنى**) ش: دون صورة وهو ذهابه في غير الطريق الذي عينه ولكن هذا الخلاف غير معتبر بعد حصول المقصود .

م: (**قال : ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها**) ش: بلا خلاف بين أهل العلم م: (**لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها ، فكان خلافاً إلى شر فيضمن ما نقصها ولا أجر له**) ش: أي للمستأجر على المؤجر ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان م: (**لأنه غاصب للأرض**) ش: وعند الشافعي وأحمد رب الأرض مخير بين أخذ الأجر وما نقصت الأرض ، وبين أخذ أجر المثل للجميع . وعن أحمد عليه أجر المثل كالغاصب م: (**على ما قررناه**) ش: إشارة إلى قوله لأن الرطاب أضر بالأرض .

على ما قررناه . ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به درهماً . قيل : معناه القرطق الذي هو ذو طاق واحد ، لأنه يستعمل استعمال القباء . وقيل هو مجرى على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة ، وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار ، لأن القباء خلاف جنس القميص . وجه الظاهر أنه قميص من وجه ، لأنه يشد وسطه،وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة

م: (**ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب**) ش: ويكون القباء للخياط ، لأنه ملك الثوب بأداء الضمان م: (**وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به درهما**) ش: لأن المنافع عندنا لا تتقوم إلا بالعقد ، وليس فيما وراء المسمى عقد كما لو شرط على النساج أن ينسجه صفيقاً فحاكه رقيقاً أو على العكس حيث يلزمه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى م: (**قيل معناه**) ش: أي المراد من القباء هو م: (**القرطق الذي هو ذو طاق واحد**) ش: وهو تعريب - كرته وبك ناهى - والقرطق الذي يلبسه الأتراك مكان القميص ، يقال له بالفارسية -بكهتى- . وقال الأترازي : وكان سماعنا بفتح الطاء في القرطق ، وهكذا كان تصحيح الإمام حافظ الدين الكبير البخاري، ولكن حفظناه في كتاب مقدمة الأدب سماعاً عن الثقات بضم الطاء ، ولهما وجه ، لأنه لما كان معرباً تلاعبت به الألسنة كما شاءت .

قلت : ينبغي أن يكون بالفتح ، لأنه تعريب -كرته- كما ذكرنا وهو مفتوح التاء، فلما عربوه قلبوا التاء طاء ، ولا يلزم منه تغيير الحركة أيضاً فافهم . وفي «المغرب» القرطق ذو طاق واحد . وقال الإمام ظهير الدين : القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق، وإذا خيط جانباه كان قميصاً ، وهو المراد من القرطق ، كذا في «الحياوتة» م: (**لأنه يستعمل استعمال القباء**) ش: أي لأن القرطق يستعمل استعمال القباء ، لأنه يلبس مثل ما يلبس القباء ويدخل اليدان في الكمين فيه كما في القباء .

م: (**وقيل : هو مجرى على إطلاقه**) ش: أي القباء مجرى على إطلاقه من غير أن يأذن أن معناه القرطق م: (**لأنهما**) ش: أي لأن القميص والقباء م: (**يتقاربان في المنفعة**) ش: أي في منفعة اللبس من دفع الحر والبرد وستر العورة . م: (**وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار**) ش: لصاحب الثوب ، وهذه الرواية رواها الحسن عن أبي حنيفة وهي قياس قول الثلاثة م: (**لأن القباء خلاف جنس القميص**) ش: فكان مخالفاً من كل وجه ، فكان غاصباً من كل وجه وحكم الغاصب من كل وجه هذا .

م: (**وجه الظاهر**) ش: أي ظاهر الرواية م: (**أنه**) ش: أي القباء م: (**قميص من وجه ، لأنه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص**) ش: من دفع الحر والبرد وستر العورة م: (**فجاءت الموافقة والمخالفة**)

فيميل إلى أي الجهتين شاء ، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة، ولا يجاوز به الدراهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى . ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء ، قيل : يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة ، والأصح أنه يخير للاتحاد في أصل المنفعة ، وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزاً فإنه

ش: الموافقة من حيث إن القباء يشبه القميص من الوجه المذكور . وأما المخالفة فظاهرة ، لأنه أمره قميصاً وخاطه قباء م: (فيميل) ش: أي إذا كان الأمر كذلك فيميل صاحب الثوب م: (إلى أي الجهتين شاء) ش: فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمة ثوبه وترك القباء عليه . وإن مال إلى الوفاق أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ، وهو معنى قوله م: (إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة) ش: لأنه ما رضي بهذه الصفة وإنما رضي بتلك الصفة المخصوصة . ألا ترى أنه لو خاطه قميصاً مخالفاً لما وضعه لم يجب المسمى لفوت وصف يقابله المسمى ، فهنا أحق .

م: (ولا يجاوز به الدراهم المسمى ، كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى) ش: وعند الثلاثة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

ثم اعلم أن هذا كله إذا تصادق على الأمر بخياطة القميص . ولو قال رب الثوب : أمرتك بخياطة القميص . وقال الخياط بل أمرتني بخياطة القباء فالقول لرب الثوب ، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى وأبو ثور .

وعن أحمد في رواية : القول للخياط . واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال : في المسألة قولان كالمذهبين ، ومنهم من قال : الصحيح أن القول لرب الثوب . ومنهم من قال : إنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط . وإن اختلفا في الأجر فالقول للمالك لأنه منكر الزيادة والبينة بينة الخياط ، لأنها تثبت الزيادة .

م: (ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء) ش: أي والحال أنه قد أمر بخياطة القباء م: (قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة) ش: وبه قالت الثلاثة م: (والأصح أنه يخير) ش: إن شاء ضمن الخياط قيمة الثوب ولا أجر عليه . وإن شاء أخذ المخيط وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به المسمى م: (للاتحاد في أصل المنفعة) ش: أي منفعة اللبس وستر العورة م: (وصار) ش: أي حكم هذه المسألة م: (كما إذا أمر بضرب طست من شبه) ش: بفتح الشين المعجمة والباء الموحدة وهو ضرب من النحاس .

قال أبو عمر : والطست والطستة والطس لغات في الطست والجمع طسوس وطساس وطسس وطسات ، قال [. . .] عن أبي عبيد : الطست معربة م: (فضرب منه كوزاً فإنه) ش: أي

يخير ، كذا هذا .

فإن الأمر م: (يخير) ش: بين أن يأخذ الكوز وإعطاءه أجر مثله ، وبين أن يضمن المأمور قيمة الشبه ولا أجر عليه م: (كذا هذا) ش: أي فيما إذا خاطه سراويل وقد أمر بالقباء . وقال شمس الأئمة البيهقي في « الكفاية » : قالوا لو قطعه سراويل لم يجب له أجره إلا أن الرواية تخالف هذا . وقال في « الإيضاح » : كانوا يقولون لو قطعه سراويل لم يجب له أجر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه . قال : والرواية تخالف هذا ، فإنه روي عن محمد أنه لو دفع شبهاً إلى رجل ليضرب له طست إلى آخر ما ذكره المصنف .

* * *

باب الإجارة الفاسدة

قال : الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع ؛ لأنه بمنزلته ، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى .

م: (**باب الإجارة الفاسدة**)

ش: عقبها بالصحيحة لأنها تأخذ الحكم منها ، وتأخيرها عن الصحيحة إيقاعها في حكمها م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**الإجارة تفسدها الشروط**) ش: المخالفة لمقتضى العقد كما لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالأجر عليه ، وكذا لو اشترط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر .

وكذلك اشتراط كرى نهر في الأرض أو ضرب مسنات عليها أو حفر بئر فيها أو أن تصرفها على المستأجر لأنه جعل هذه الأعمال من جملة الأجر وإنها مجهولة غير معلومة ، وجهالة بعض الأجر توجب جهالة الباقي فتفسد به الإجارة م: (**كما تفسد البيع لأنه**) ش: أي لأن الإجارة والتذكير باعتبار العقد م: (**بمنزلته**) ش: أي بمنزلة البيع .

م: (**ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ**) ش: كما أن البيع كذلك ، وقوله : يقال من الإقالة لا من القول ، فإذا كانت مثل القول تفسد بالشروط ، لأنها مبنية على المضايقة والمماكسة ، فالاشتراط يكون مفضياً إلى المنازعة كالبيع ، ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشروط لما أنه بني على المسامحة ، وأراد بالشروط شروطاً لا يقتضيها العقد لا كل شرط كما في البيع .

ولهذا لو استأجر دابة إلى بغداد بشرط أن يعطيه الأجرة إذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالأجر إلى أن يرجع ، إلا إذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهاب ، وكذا لو استأجر رجلاً ليعمل له هذا العمل بدرهم وشرط عليه أن يفرغ منه اليوم جاز بالاتفاق . بخلاف ما لو استأجر ليعمل هذا العمل اليوم عند أبي حنيفة ، كذا في « الفتاوى الصغرى » .

م: (**والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى**) ش: هذا إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد ، لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية ، لأنه لو كان باعتبار واحد منها يجب الأجر بلغ ما بلغ ، ذكره في « المغني » و« الذخيرة » و«فتاوى قاضي خان » .

وقال تاج الشريعة : قوله لا يجاوز به المسمى ، أي إلا إذا كان المسمى مجهولاً نحو ما إذا استأجره على دابة أو ثوب أو أجر منه داراً ليسكنها بعشرة على أن يعمرها ويؤدي نوابها فإنه ثمة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان . ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس إليها فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها ، إلا أن الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع ،

م: (**وقال زفر والشافعي -رحمهما الله-: يجب بالغاً ما بلغ**) ش: أي يجب أجر المثل حال كونه بالغاً ما بلغ . وقوله ما بلغ مفعول بالغاً ، وبه قال مالك وأحمد م: (**اعتباراً ببيع الأعيان**) ش: أي معتبرين اعتباراً بيع المنافع ببيع الأعيان ، فإن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت، وهذا بناء على أن المنافع عندهم كالأعيان .

م: (**ولنا أن المنافع لاتتقوم بنفسها**) ش: لأن التقويم يستدعي الإحراز وما لا يبقى كيف يحرز م: (**بل بالعقد**) ش: أي بل يتقوم بالعقد، يعني صارت متقومة شرعاً بالعقد م: (**لحاجة الناس إليها**) ش: أي لأجل حاجة الناس إلى الإجارة التي هي بيع المنافع . حاصل الكلام أن المنافع أغراض لإبقائها ، فكما توجد تتلاشى ، ولا قيمة لها ، ولكنها تقومت بعقد الإجارة لضرورة دفع الحاجة عن الناس ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهو معنى قوله م: (**فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها**) ش: يعني إذا كان الأمر كذلك يكتفى بالضرورة في العقد الصحيح من الإجارة لأن الضرورة تتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بالإجارة الصحيحة ، فيكتفى بها .

م: (**إلا أن الفاسد تبع له**) ش: هذا جواب عما يقال ينبغي أن لا يجب أجر المثل في الفاسد لعدم الضرورة . فأجاب بأن الفاسد تبع للصحيح فيثبت فيه ما يثبت في الصحيح باعتبار أنه تبعه ، والاعتبار للأصل لا للتبع ، فصار كأنه لا وجود للفاسد م: (**فيعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة**) ش: هذا من تتمة الجواب ، أي يعتبر في الإجارة الفاسدة ما يجعل به لا في العقد الصحيح عادة ، وهو قدر أجر المثل م: (**لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة**) ش: هذا أيضًا جواب عما يقال ينبغي على ما ذكرتم أن يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، فأجاب بقوله لكنهما ، أي لكن المتعاقدين إذا اتفقا على مقدار معين في العقد الفاسد فقد أسقط الزيادة على المقدار المعين لتراضيهما بالتسمية على ذلك .

م: (**وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية**) ش: هذا أيضاً جواب عما يقال لما سقطت الزيادة في الفاسدة باتفاقهما على مقدار كان ينبغي أن يجب الأجر المسمى بالغاً ما بلغ . فأجاب بقوله : و إذا نقص أجر المثل عن المسمى لم تجب الزيادة على المسمى لأجل فساد التسمية ، واستقر الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى .

م: (**بخلاف البيع**) ش: جواب أيضاً عما يقال ينبغي أن لا يعتبر تراضيهما في سقوط الزيادة

لأن العين متقوم في نفسه وهو الموجب الأصلي ، فإن صحت التسمية انتقل عنه وإلا فلا . ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور ، إلا أن يسمي جملة شهور معلومة ، لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم ، فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه.

كما في البيع الفاسد ، فأجاب بقوله بخلاف البيع م: (**لأن العين متقوم في نفسه**) ش: يعني بالأصالة بلا ضرورة م: (**وهو الموجب الأصلي**) ش: أي القيمة هو الموجب الأصلي ، وذكر الضمير لتذكير الخبر.

م: (**فإن صحت التسمية**) ش: في البيع م: (**انتقل عنه**) ش: أي عن الموجب الأصلي الذي هو القيمة إلى المسمى لصحة التسمية ، والضمير في انتقل يرجع إلى الواجب الذي دل عليه قوله هو الموجب الأصلي ، وهو أقرب من قول الكاكي انتقل إلى التسمية على تأويل ذكر التسمية ، وكذا من قول الأترازي أي انتقل البدل عن الموجب الأصلي إلى المسمى م: (**وإلا فلا**) ش: أي وإن لم تصح التسمية فلا ينتقل الواجب على الموجب الأصلي الذي هو القيمة .

وفي « شرح الطحاوي » : في الإجارة الفاسدة لا يجب الأجر إذا لم ينتفع بها عندنا وأحمد وعند الشافعي ومالك يجب أجر المثل بالتمكن ومن الاستيفاء كالصحيح . ولو استأجر شيئاً ثم أجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف . وقيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة .

وإن أجره بعد القبض يجوز بلا خلاف . فلو كانت أجرة الثانية أكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثوري والشعبي والنخعي وابن المسيب وأحمد في رواية . وقال الشافعي وأحمد في آخره وأبو ثور وعطاء والحسن والزهري : يطيب له .

م: (**ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمي جملة شهور معلومة**) ش: بأن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم ، وبه قال الشافعي في الأجل . واختاره الإصطخري وأحمد وقال الشافعي في الأصح : الإجارة باطلة . وقال مالك : الإجارة صحيحة ، وكلما مضى شهر استحق الأجرة ، لأن الإجارة لا تكون لازمة عنده ، لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجرفلا يحتاج إلى ذكر المدة .

م: (**لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم**) ش: لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور ، وترجيح البعض من الشهور المتوسط بين الأدنى والجمع ترجيح بلا مرجح ، والواحد منها معلوم متيقن فيصح العقد فيه وهو معنى قوله : م: (**فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه**) ش: أي في الشهر الواحد .

وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح . فلو سمى جملة شهور معلومة جاز ، لأن المدة صارت معلومة . قال فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ، وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضي ، وكذلك كل شهر يسكن في أوله ، لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني ، إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها ، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج

فإن قيل : إذا كان العقد فاسداً في بقية الشهور لكان الفسخ جائزاً في الحال .

أجيب : بأن الإجارة من العقود المضافة وانعقاد الإجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد وكيف يفسخ . م: **(وإذا تم)** ش: أي الشهر م: **(كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح)** ش: الذي كان في شهر واحد .

ثم إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر الأخير هل يصح ؟

قال بعض المشايخ على قول أبي يوسف : يصح ، وعلى قولهما لا يصح . وقال بعضهم لا يصح إلا بحضرة صاحبه بالاتفاق كذا في « الذخيرة » م: **(فلو سمى جملة شهور معلومة جاز ؛لأن المدة صارت معلومة)** ش: فارتفعت الجهالة ، ويجوز في معلومة الأولى الوجهان النصب على الحال من الشهور ، والجر على الوصفية .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه)** ش: لأن التراضي منهما جرى مجرى ابتداء العقد كالبيع بالتعاطي ، وبه قال أحمد خلافاً للشافعي م: **(وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضي)** ش: أي الشهر ، والكلام في المؤاجر قد مر مرة .

م: **(وكذلك كل شهر يسكن في أوله ، لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني)** ش: أي كذلك يصح العقد في كل شهر يسكن في أوله ويتم أجراً م: **(إلا أن الذي ذكره في الكتاب)** ش: أي القدوري م: **(هو القياس ، وقد مال إليه بعض المشايخ)** ش: من المتأخرين ، لأن رأس كل شهر في الحقيقة هو الساعة التي يهل فيها الهلال فإذا هل مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ .

م: **(وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها ، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج)** ش: لأن رأس الشهر في العرف هو الليلة الأولى ويومها ، فيبقى الخيار فيها اعتباراً للعرف .

واعلم أن مشايخنا قد اختلفوا في وقت الفسخ بعد تمام الشهر قال بعضهم : لكل واحد منهما حق الفسخ حين يتم الشهر الأول ، أعني حين يهل الهلال حتى إذا سكن من الشهر الثاني

وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة معلومة بدون التقسيم ، فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم . ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى ، وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره ، لأن الأوقات كلها في حق

ساعة لا يبقى حق الفسخ بعد ذلك وإليه ذهب القدوري وبعض مشايخنا .

وقال الصدر الشهيد في « الواقعات » في باب الإجارة الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى واليوم الأول من الشهر الثاني والثالث ، فإن خيار الفسخ إنما يثبت له في أول شهر وأول الشهر هذا . وقال بعض مشايخنا له الفسخ في الليلة الأولى ويومها ، واختاره صاحب « الهداية » .

وفي « الذخيرة » قيل : لم يرد محمد بقوله لكل منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة ، بل مراده رأس الشهر عرفاً وعادة هو الليلة التي يهل فيها مع يومها ، كما قال محمد في كتاب «الأيمان» : حلف ليقضين حقه رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها لم يحنث استحساناً ، وقيل : طريق فسخه أن يقول الفاسخ قبل مجيء الشهر : فسخت الإجارة رأس الشهر فتفسخ الإجارة إذا هل إذا عقد الإجارة مضافاً يصح ، وكذا فسخه .

وذكر الحاكم أحمد السمرقندي في شروطه في هذه المسألة : لو أعجل أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الأجر ذلك ليس في أحدهما الفسخ في قدر ما عجل به . إذ التعجيل دلالة العقد فيما عجل . ثم إذا فسخ احدهما الإجارة من غير محضر صاحبه هل يصح؟ من مشايخنا من قال : إنه على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد لا يصح . وعلى قول أبي يوسف يصح ، ومنهم من قال لا يصح الفسخ هنا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف ، كذا في «الذخيرة» . م: (**وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة ،لأن المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد ، فانه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم**) ش: هاتان مسألتان لا يعلم فيهما خلاف ، كذا قال الكاكي .

قيل : قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي : وقال الشافعي : على القول الذي يجوز الإجارة أكثر من سنة لا يجوز حتى يبين حصة كل سنة .

قلت : هذا الخلاف فيما إذا أجر داره سنين معلومة ، فإنه يصح عندنا وإن لم يذكر قسط كل سنة م: (**ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى**) ش: أي من الوقت الذي سمى بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلاً .

م: (**وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره ، لأن الأوقات كلها في حق**

الإجارة على السواء فأشبه اليمين ، بخلاف الصوم ، لأن الليالي ليست بمحل له . ثم إن كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها هي الأصل . وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة -رحمه الله- وهو رواية عن أبي

الإجارة على السواء) ش: لذكر الشهر منكور ، وفي مثله بيقين الزمان الذي يتعقب السبب م: (**فأشبه اليمين**) ش: كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً تعين الشهر الذي وجد منه اليمين فيه ، لأن الظاهر من حال العاقد أن يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم م: (**بخلاف الصوم**) ش: حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره فيما إذا نذر أن يصوم شهرا ما لم يعينه ، لأن الأوقات كلها ليست فيه على السواء م: (**لأن الليالي ليست بمحل له**) ش: يوضحه أن الشروع في الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه ، وربما لا يقترن ذلك بالسبب .

م: (**ثم إن كان العقد حين يهل الهلال**) ش: بضم الياء وفتح الهاء على بناء المفعول أي حين يبصر الهلال ، أراد به اليوم الأول من الشهر ، كذا قاله الكاكي . وقال الأترازي يجوز على صيغة المبني للفاعل ، وعلى صيغة المبني للمفعول جميعًا ، قال في الجوهرة: هل الهلال وأهل ، ودفع الأصمعي هل وقال : لا يقال إلا أهل وأهللنا نحن إذا رأينا الهلال ، وأجاز أبو زيد أهل الهلال .

وفسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل الهلال بقوله : أراد به اليوم الأول من الشهر ، وفيه نظر ؛ لأنه ليس حين يهل الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر وهذا لأنه للمنافاة بين الإجارة والأوقات بل الأيام والليالي فيها سواء فلا حاجة إلى اعتبار المدة من أول أيام الشهر ، بل يعتبر من أول الشهر وهو ما قلنا .

قلت : قال السغناقي : أهل الهلال على ما لم يسم فاعله ولم يقل غير هذا ، وكفى به حجة ، وكذا نص عليه تاج الشريعة في شرحه .

م: (**فشهور السنة كلها بالأهلة ، لأنها**) ش: أي لأن الأهلة م: (**هي الأصل**) ش: في الشهور العربية ، فمهما كان العمل به ممكنًا لا يصار إلى غيره ، قال الله تعالى : ﴿ **يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس** ﴾ (البقرة : الآية ١٨٩) ، والأيام بدل عن الأهلة ، وإنما يصار إلى البدل إذا تعذر اعتبار الأصل ، وها هنا ممكن فكان له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل .

م: (**وإن كان**) ش: أي العقد م: (**في أثناء الشهر**) ش: بأن وقعت الإجارة في نصف الشهر أو بعد مضي أيام م: (**فالكل بالأيام عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: فيكون ثلاثمائة وستين يومًا . وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية م: (**وهو**) ش: أي قول أبي حنيفة م: (**رواية عن**

يوسف -رحمه الله- وعند محمد -رحمه الله- وهو رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - الأول بالأيام والباقي بالأهلة ، لأن الأيام يصار إليها ضرورة وهي في الأول منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ، ونظيره العدة ، وقد مر في الطلاق . قال : ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام ،

أبي يوسف - رحمه الله -، وعند محمد- رحمه الله - وهو رواية عن أبي يوسف- رحمه الله - الأول) ش: أي الشهر الأول م: (بالأيام والباقي بالأهلة) ش: فيكون أحد عشر شهراً بالهلال وشهر بالأيام يكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الأخير .

م: (لأن الأيام يصار إليها ضرورة وهي) ش: أي الضرورة إلى اعتبار الشهر بالأيام م: (في الأول منها) ش: أي في الشهر الأول من الشهور دون الباقي فلا يتعدى إلى غيره ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد - رحمه الله - في رواية .

م: (وله أنه) ش: أي ولأبي حنيفة أن الشأن م: (متى تم الأول بالأيام) ش: أي متى تم الشهر الأول بالأيام بالشهر الذي يليه م: (ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة) ش: أي ابتدأ الشهر الثاني بالأيام أيضًا ضرورة تكميله ، لأنه سمي شهرًا وتمامه لا يكون إلا ببعض الثاني .

م: (وهكذا إلى آخر السنة) ش: أي هكذا يكون الحكم في الشهر الثالث والرابع إلى آخر السنة ، فحينئذ يجب اعتبار العدد دون الأهلة ضرورة م: (ونظيره العدة) ش: أى نظير هذا الاختلاف مسألة العدة من حيث الاعتبار بالشهور أو بالعدد م: (وقد مر في الطلاق) ش: أي في أول كتاب الطلاق من الكتاب .

قال السغناقي : هذا حوالة غير رابحة مثل هذا الاختلاف لم يرد في الطلاق وما يتعلق به . قال الإمام المحقق برهان السمرقندي متعقبًا ما قاله المصنف : غلط صاحب النهاية ، فإن الحوالة رابحة ، لأنه ذكر في أول كتاب الطلاق : ثم إن كان الطلاق في أول الشهر بقية الشهور بالأهلة- إلى قوله : وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة . . . . إلى آخره .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام) ش: خصهما بالذكر لأن لبعض الناس فيه خلافًا . وفي « المبسوط » كره بعض العلماء غلة الحجام والحمام ، أخذاً بظاهر الحديث وقالوا : الحمام بيت الشياطين ، وسماه رسول الله ﷺ شر بيت ، فإنه تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات[1] .

---

(١) قال الهيثمي (١/ ٢٧٨) : رواه الطبراني في الكبير وفيه يحيى بن عثمان السمتي ، ضعفه البخاري والنسائي ووثقه أبو حاتم وابن حبان ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

قلت: هو عن ابن عباس .

فأما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين ، قال عليه الصلاة والسلام : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »وأما الحجام فلما روي أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة . ولأنه

ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء ، فقالوا : يكره اتخاذ حمام النساء . وقال القاضي الحنبلي عن أحمد أنه لا يباح أجر الحجام ، وممن كره كسبه عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي لقوله عليه السلام : « **كسب الحجام خبيث** » رواه مسلم .

م: (**فأما الحمام فلتعارف الناس**) ش: يعني لجريان العرف بذلك بين الناس خصوصًا في ديار الترك م: (**ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين**) ش: هذا إشارة إلى جواب الاستحسان ، لأن القياس عدم الجواز للجهالة ، فقال فلم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين على ذلك م: (**قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن »**) ش: ذكر هذا دليلاً على أن المسلمين إذا أجمعوا على أمر يكون هذا مقبولاً ، لأن كل ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن .

ولكن رفع هذا الحديث إلى النبي ﷺ غير صحيح ، وإنما هو موقوف على ابن مسعود - رضي الله عنه - رواه أحمد في «مسنده» حدثنا أبو بكر بن عياش حدثنا عاصم عن زر بن حبيش عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنهما - قال : « **إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه ، فما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون سيئًا فهو عند الله سيء** » .

ورواه البزار في «مسنده» والبيهقي في« المدخل »، ورواه أيضًا أبو داود الطيالسي في «مسنده »حدثنا المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله فذكره ، إلا أنه قال عوض سيئ: قبيح .

ومن طريقه رواه أبو نعيم في « الحلية » في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب «الاعتقاد» ، والطبراني في« معجمه» .

قال ابن عبد الهادي في الكلام على أحاديث « المختصر » : وقد أخطأ بعضهم فرفعه ، ثم قال : وقد روي مرفوعًا من حديث أنس لكن إسناده ساقط .

م: (**وأما الحجام فلما روي أنه عليه الصلاة السلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة**) ش: أخرج البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره .

زاد البخاري في لفظه : ولو كان حرامًا لم يعطه . وفي لفظ : ولو علم كراهيته لم يعطه .

استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً . قال : ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلاً لينزو على الإناث لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن من السحت عسب التيس » ، والمراد أخذ الأجرة عليه . قال : ولا الاستئجار على الأذان والحج ،

ولمسلم : ولو كان سحتًا لم يعطه . والأحاديث التي وردت في تحريمه منسوخة م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الاستحجام م: (**استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً**) ش: كما في سائر الإجارات الصحيحة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلاً لينزو على الإناث**) ش: عسب الفحل ضرابه ، يقال : عسب الفحل الناقة يعسبها عسبًا من باب فعل يفعل بالفتح في الماضي والكسر في الغابر وفسره المصنف بقوله : وهو . . . إلى آخره ، وهذا بلا خلاف بين الأئمة الأربعة . وخرج أبو المطالب الحنبلي وبعض أصحاب الشافعي وجهان في جوازه ، لأنه انتفاع مباح .

والحاجة تدعو إليه فيجوز كإجارة الظئر للإرضاع ، والبئر للاستقاء .

وحجة الجمهور الحديث ، أشار إليه بقوله م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام « إن من السحت عسب التيس**) ش: الحديث صحيح ولكن بغير هذا اللفظ ، أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي عن علي بن الحكم عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ : نهى عن عسب الفحل ، ووهم الحاكم حيث قال بعد إخراجه أنه على شرط البخاري ولم يخرجاه . وأعجب منه زكي الدين المنذري عزاه في «مختصره » للترمذي والنسائي ولم يعزه للبخاري .

وأخرج البزار في مسنده عن أشعث بن سوار عن ابن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب وعسب التيس . وعزاه عبد الحق للنسائي وليس في سننه م: (**والمراد أخذ الأجرة عليه**) ش: أشار به إلى تفسير الحديث ، لأن نفس العسب ليس من السحت ، وإنما المراد أخذ الأجر عليه فالمضاف محذوف تقديره : إن من السحت كري عسب التيس .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**ولا الاستئجار على الأذان والحج**) ش: أي ولا يجوز ، وبه قال أحمد و هو قول عطاء والضحاك والزهري والحسن وابن سيرين وطاووس والنخعي والشعبي . وفي حاوي الحنابلة ولا يصح الاستئجار على الأذان والإقامة والإمامة وتعليم القرآن والفقه والنيابة في الحج . وعنه يصح ويباح أجره .

كما لو أجره أعطي لذلك شيئًا بلا شرط ، نص عليه كالرزق من بيت المال لمن نفعه منهم متعد وكالرقبة ، وقيل : يجوز على تعليم الفقه والحديث والفرائض فقط ، ويجوز إجارة كتب العلم المباح للقراءة والنسخ ، وفي صحة إجارة المصحف وجهان ، ويباح نسخه بأجرة ، انتهى .

وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا ، وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به » ،

م: (**وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه**) ش: أي وكذا لا يجوز . قال الأترازي خلافًا للشافعي وقال الحاكم في « الكافي » : ولا يجوز أن يستأجر رجل رجلاً أن يعلم ولدًا القرآن والفقه والفرائض ، أو يؤمهم في رمضان ، أو يؤذن ، وفي « خلاصة الفتاوى» ناقلاً عن الأصل : لا يجوز الاستئجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والأذان والتذكير والتدريس والحج والقر ويعني الأجر .

وعند أهل المدينة يجوز وبه أخذ الشافعي وعصام وأبو نصر والفقيه أبو الليث ، ثم قال وكذا لا يجوز . وفي الخلاصة الحيلة أن يستأجر المعلم مدة معلومة ثم يأمره بالتعليم ، قيد بالفقه لأنه يجوز الاستئجار لأجل قراءة العلوم الأدبية كاللغة والنحو والتصريف ونحوها والعلوم الحكمية كالطب والمعقول ونحوهما .

م: (**والأصل**) ش: أي الأصل الذي بنى عليه حرمة الاستئجار على هذه الأشياء م: (**أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا**) ش: لأن هذه الأشياء قربة يقع على العامل، قال الله تعالى : ﴿ **وأن ليس للإنسان إلا ما سعى** ﴾ (النجم : الآية ٣٩) ، فلا يجوز أخذ الأجرة من غيره كالصوم والصلاة ، قيد بقوله : «**يختص بها المسلم** » يعني تختص بملة الإسلام، لأنه إذا لم يختص يجوز كما إذا استأجر مسلم ذميًا على تعليم التوراة يجوز لأن تعليمها لا يختص بملة الإسلام .

م: (**وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به**) ش: وبه قال مالك وأحمد في رواية وأبو ثور وأبو قلابة ، قيد بقوله ما لا يتعين ، فإنه أخرج هذا الحديث أحمد في مسنده أخبرنا إسماعيل بن إبراهيم عن هشام الدستوائي حدثني يحيى بن أبي كثير عن أبي راشد الحبراني قال : قال عبد الرحمن بن شبل سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به ، ولا تجفوا عنه ، ولا تغلوا فيه ، ولا تستكثروا به**»[1] ورواه إسحاق بن راهويه وابن أبي

---

(١) رواه أحمد (٣/ ٤٢٨) ، من طريق إسماعيل بن إبراهيم عن هشام الدستوائي قال : حدثني يحيى ابن أبي نمير عن أبي راشد الحبراني عن عبد الرحمن بن شبل . . . مرفوعًا .
وقال الهيثمي في المجمع (٧/ ١٦٨): رواه الطبراني في الأوسط عن شيخه المقدام بن داود وهو ضعيف .
وأخرجه ابن عدي في الكامل (٤/ ٩٧) ، من طريق الضحاك بن نبراس عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة . . . مرفوعًا . =

وفي آخر ما عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبي العاص ـ رضي الله عنه-: «وإن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على الأذان أجراً »

شيبة في« مصنفه» وعبد الرزاق في «مصنفه» ومن طريق عبد الرزاق رواه عبد بن حميد وأبو يعلى الموصلي والطبراني .

وروي هذا الحديث عن عبد الرحمن بن عوف وأبي هريرة -رضي الله عنهما .

أما حديث عبد الرحمن بن عوف فأخرجه البزار في «مسنده» عن حماد بن يحيى عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبيه عبد الرحمن بن عوف مرفوعًا نحوه سواء .

وأما حديث أبي هريرة: فأخرجه ابن عدي في « الكامل » عن الضحاك بن نبراس البصري عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ نحوه ، وأسند عن ابن معين أنه قال في الضحاك بن نبراس هذا : ليس بشيء . وعن النسائي قال : متروك الحديث . قوله : ولا تأكلوا به أي بالقرآن مثل أن يستأجر رجلاً يقرأ على رأس قبر ، قيل هذه القراءة لا يستحق بها الثواب لا للميت ولا للقارئ، قاله تاج الشريعة .

م: (**وفي آخر ما عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبي العاص - رضي الله عنه-: وأن اتخذ مؤذنًا لا يأخذ على الأذان أجرًا**) ش: هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة بطرق مختلفة وأبو داود والنسائي عن حماد بن سلمة عن سعيد الجريري عن أبي العلاء عن مطرف بن عبد الله عن عثمان بن أبي العاص قال : قلت : يا رسول الله اجعلني إمام قومي ، قال : « **أنت إمامهم ، واتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا** »[1] وكذلك رواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرك وقال : على شرط مسلم .

وأخرجه الترمذي وابن ماجة عن أشعث بن سوار عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص قال : « **إن من آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ أن اتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا** » . قال الترمذي

=قلت: أسند ابن عدي عن ابن معين أنه قال في الضحاك : ليس بشيء ، وقال النسائي متروك الحديث . وعزاه الزيلعي للبزار من طريق حماد بن يحيى عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعًا .

وحماد فيه كلام . ثم قال : أخطأ فيه حماد بن يحيى ، والصحيح عن يحيى بن أبي كثير عن زيد بن سالم عن أبي راشد عن عبد الرحمن بن شبل . . . مرفوعًا .

(١) إسناده حسن : أخرجه أبو داود (٥٣١) ، والنسائي (٦٤٨) من طريق حماد بن سلمة عن سعيد الجريري عن أبي العلاء عن مطرف بن عبد الله عن عثمان بن أبي العاص مرفوعًا .

ورواه الترمذي (٢٠٩) ، وابن ماجة (٧١٤) ، عن أشعث بن سوار عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص . ورواه محمد بن إسحاق عن سعيد بن أبي هند عن مطرف به . وإسناده حسن .

....

حديث حسن .

وأخرج البخاري في « تاريخه » عن شبابة بن سوار حدثني المغيرة بن مسلم عن سعيد بن طهمان القطيعي عن مغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - قال : قلت يا رسول الله اجعلني إمام قومي ، قال « **قد فعلت** » ، ثم قال : « **صل بصلاة أضعف القوم ولا تتخذ مؤذنًا يأخذ على الأذان أجرًا**»[1] قوله عهد معناه أوصى يقال عهدت أي أوصيت، قال الله تعالى : ﴿ **ألم أعهد إليكم** ﴾ (يس : الآية ٦٠) ﴿**ولا ينال عهدي الظالمين** ﴾ (البقرة : الآية ١٢٤) .

فإن قلت : استدل الشافعي بأنه عليه السلام زوج رجلاً بما معه من القرآن ، متفق عليه . وبقوله عليه السلام « **أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله** » حديث حسن صحيح .

وبما روي من حديث أبي سعيد الخدري قال : بعثنا رسول الله ﷺ في غزوة فأتينا على رجل لديغ في جبهته فداووه فلم ينفعه شيء فقال بعضهم : لو أتيتم هؤلاء الرهط الذي نزلوا بكم لعله يكون عندهم شيء ينفع ، فأتونا فقالوا : أيها الرهط : إن سيدنا لديغ فابتغينا له كل شيء فلم ينفعه ، فهل عندكم من شيء؟

فقال بعضهم : نعم ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا لا نأتي حتى تجعلوا لنا جعلاً ، فصالحوهم على قطيع من الغنم ، فانطلق فجعل يتفل عليه ويقرأ : ﴿ **الحمد لله رب العالمين** ﴾ فكأنما نشط من عقال فقام يمشي فأوهم جعلهم ، فقال بعضهم اقسموا ، فقال الذي رقي : لا تفعلوا حتى نأتي رسول الله ﷺ فتذكروا له الذي كان فننظر ما يأمرنا به فدخلوا على رسول الله ﷺ فذكروا له ذلك فقال : «**قد أصبتم ، اقتسموا واضربوا لي معكم بسهم** » .

قلت : الجواب عن الأول أنه ليس فيه تصريح بأن التعليم صداق ، إنما قال زوجتكها بما معك من القرآن فيحتمل أنه زوجها إياه بغير صداق إكرامًا له ، وتعظيمًا للقرآن كما روى أنس أنه عليه السلام زوج أم سليم أبا طلحة على إسلامه .

وسكت عن المهر ، لأنه معلوم أنه لابد منه ، لأن الفروج لا تستباح إلا بالأموال لقوله تعالى : ﴿**أن تبتغوا بأموالكم** ﴾ ولذكره تعالى في النكاح الطول وهو المال ، والقرآن ليس بمال . ويجوز أن تكون الباء مكان اللام ، أي لما معك من القرآن ، لأن ذلك سبب للاجتماع بينهما ، ولعل المرأة وهبت مهرها له باعتبار ذلك .

---

(١) فيه سعيد بن طهمان ، ذكره الحافظ في اللسان . قال ابن حبان : حديثه منكر ، وقال الأزدي : ليس بحجة .

ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، ولهذا تعتبر أهليته ، فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة . ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم ، فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح . وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم ، لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية ، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن

وعن الثاني المراد منه الجعالة في الرقية ، لأن ذكر ذلك في سياق حديث الرقية وهو الحديث الذي ذكرناه آنفًا عن أبي سعيد الخدري . والرقية نوع مداواة ، والمأخوذ عليها جعل ، والمداواة يباح أخذ الأجر عليها ، وبهذا أخرج الجواب عن الحديث الثالث . وقال ابن الجوزي : قد أجاب أصحابنا عن هذين الحديثين بثلاثة أجوبة :

أحدها : أن القوم كانوا كفاراً فجاز أخذ أموالهم .

والثاني : أن حق التضييف واجب ولم يضيفوهم .

والثالث : أن الرقية ليست بقربة محضة فجاز أخذ الأجرة عليها . وقال القرطبي في شرح مسلم : ولا نسلم أن جواز الأجر في الرقى يدل على جواز التعليم بالأجر ، والحديث إنما هو في الرقية .

م: (**ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، ولهذا تعتبر أهليته**) ش: أي أهلية العامل ويشترط نيته لا نية الآمر ، ولو انتقل فعل المأمور إلى الآمر بشرط أهليته ونيته كما في الزكاة ، حتى لو كان المأمور كافرًا يصح أداء الزكاة ، لأن المؤدى هو الأمري هنا بخلافه م: (**فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة**) ش: أي كما لا يجوز الاستئجار وأخذ الأجر في الصوم والصلاة بلا خلاف .

م: (**ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه**) ش: بكسر اللام ، عليه أي على التعليم م: (**إلا بمعنى من قبل المتعلم**) ش: لأن المعلم يلقن الصبي وهو يتلقن بفهمه الثاقب ، ويتعلم بذهنه الرائق وهذا يتفاوت بين الصبيان في التعليم وإن كان التعليم واحداً .

وفي بعض النسخ من قبل المعلم بفتح اللام المشددة م: (**فيكون**) ش: أي المعلم الذي يوجد نفسه لتعليم القرآن م: (**ملتزمًا ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح**) ش: والتسليم شرط في الإجارة فيفسد بعدمه . وقوله ما لا يتقدر مفعول لقوله ملتزمًا الإيفاء فلا يصح في النتيجة .

م: (**وبعض مشايخنا**) ش: وهم أئمة بلخ - رحمهم الله - م: (**استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني**) ش: أي الفتور والكسل م: (**في الأمور الدينية ، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن**) ش: لأن المتقدمين منعوا ذلك لرغبة الناس في التعليم حسبة ومروءة المتعلمين في

وعليه الفتوى . قال : ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي ،

مجازاة الإحسان بالإحسان بلا شرط وقد زال ذلك ففي هذا الزمان في الامتناع عنه تضييع حفظ القرآن .

وقد تغير الجواب باختلاف الزمان فيفي بذلك إذا ضربوا مدة لذلك ، حتى يجبر الأب على دفع الأجر إلى المعلم وإن لم تضرب المدة بحسب أجر المثل ، ويجبر على دفعه . وكذا يجبر على الخلوة المرسومة . وقال الإمام الخيزاخزي يجوز في زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر ، كذا في « الروضة » و« الذخيرة » .

فائدة : الخيز اخزي بفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الزاي المعجمة والخاء الثانية وكسر الزاي الثانية نسبة إلى قرية خيزاخز من قرى بخارى واسمه عبد الله بن الفضل كان مفتي بخارى ولم يقع لي تاريخ وفاته .

م: (وعليه الفتوى) ش: أي على استحسان مشايخ بلخ - رحمهم الله - . قال في تتمة الفتاوى : الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز ، كالاستئجار لتعليم القرآن ، وفي الاستئجار لتعليم الحرف روايتان في رواية المبسوط يجوز . وفي رواية القدوري لا يجوز . وذكر السرخسي عن مشايخ بلخ أنهم اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن . فنحن أيضًا نفتي بالجواز ، انتهى .

ثم قال فيما استأجر إنسانًا ليعلم غلامه أو ولده شعرًا أو أدبًا أو حرفة مثل الخياطة ونحوها فالكل سواء إن بين المدة بأن استأجره شهرًا ليعلمه هذا العلم يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة ، حتى تستحق الأجرة فعلم أو لم يتعلم إذا سلم الأستاذ نفسه لذلك ، أما إذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسدًا ، حتى لو علم استحق أجر المثل وإلا فلا .

وكذلك تعلم سائر الأعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا ، ولو شرط عليه أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز ، لأن التحذيق ليس في وسع المعلم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ولا يجوز الاستئجار على الغناء**) ش: بكسر الغين وبالمد وبالكسر مع القصر اسم لليسار ، وبالفتح مع القصر الإقامة ، ومع المد الكفاية .

أما الأول من غنى بالتشديد غناء . وأما الثاني من غنى يغني من باب علم يعلم غنى فهوغني ، وأما الثالث من غني بالمكان أي أقام وهو أيضًا من الباب المذكور وأما الرابع من قولهم ما يغني عنك هذا أي ما ينفعك م: (**والنوح**) ش: البكاء ورفع الصوت م: (**وكذا سائر الملاهي**) ش: كالمزمار والطبل وغيرهما ، وبه قالت الثلاثة وأبو ثور .

لأنه استئجار على المعصية ، والمعصية لا تستحق بالعقد . قال :ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة - رحمه الله - إلا من الشريك . وقالا : إجارة المشاع جائزة

وقال الشافعي والنخعي نكير ذلك ويجوز ، أما الاستئجار لكاتب يكتب له غناء ونوحًا يجوز عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - خلافًا لهما والثلاثة ، وعلى هذا الخلاف الاستئجار على حمل الخمر .

م: (**لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد**) ش: إذ لا يستحق على أخذ شيء يكون به عاصيًا شرعًا . وقال شيخ الإسلام الأسبيجابي في شرح « الكافي » : ولا تجوز الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل أو شيء من اللهو ، ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، لأنه معصية ولهو ولعب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة - رحمه الله - إلا من الشريك**) ش: وبه قال زفر وأحمد - رحمهما الله تعالى - فيما يقسم كالأرض ، وفيما لا يقسم كالعبد .

م: (**وقالا : إجارة المشاع جائزة**) ش: وبه قال الشافعي ومالك . وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة - رحمه الله- وزفر ، إلا أن يكون المستأجر شريكًا في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة ، وكذلك قال أبو حنيفة - رحمه الله - في رجلين أجرا دارًا لهما من رجل فهو جائز ، وإن مات أحد المؤاجرين بطلب الإجارة ، وفي نصيب الحي صحيحة على حالها ولا يجوز أيضًا عند أبي حنيفة - رحمه الله - أن يستأجر من عقار مائة ذراع ولا من أرض جريبًا أو جريبين إذا كانت أكثر من ذلك .

وفي «شرح الطحاوي » : إجارة المشاع من شريكه جائزة بالإجماع ، ومن غير شريكه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز . وبيع المشاع يجوز من غير شريكه بالإجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل ، ورهن المشاع من شريكه أو من غير شريكه سواء كان يحتمل القسمة أو لا يجوز ، وعند الشافعي يجوز .

وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائز ، وفيما لا يحتمل لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي- رحمه الله - يجوز . وقرض المشاع جائز بالإجماع . وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعًا كان أو غيره ، و عندهما يجوز الوقف ، ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز وعندهما باطل .

وصورته أن يؤجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك . لهما أن للمشاع منفعة ،ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ، فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز ، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور ،

م: (**وصورته**) ش: أي صورة عقد إجارة المشاع م: (**أن يؤجر نصيبًا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك**) ش: أو يؤاجر نصف عبد أو نصف دابة من غير الشريك .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن للمشاع منفعة**) ش: يعني فيجوز ، لأن موجب الإجارة تملك المنفعة م: (**ولهذا يجب أجر المثل**) ش: أي ولكون المشاع له منفعة يجب أجر المثل عند أبي حنيفة إذا سكن المستأجر فيها ، ولو كان فائت المنفعة لما انعقد أصلاً إذا استأجر أرضًا سبخة م: (**والتسليم ممكن بالتخلية**) ش: جواب عما يقال إنه إجارة ما لا يقدر على تسليمه ، فأجاب بأن التسليم ممكن بالتخلية بأن يرفع الشريك المؤجر متاعه من الدار وخلى بينهما وبين المستأجر .

م: (**أو بالتهايؤ**) ش: هو تفاعل من التهيئة ، يقال : هايأت زيدًا وتهايأ القوم وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به ، وحقيقته أن يرضى كل واحد منهما بحالة واحدة ويختارها .

م: (**فصار كما إذا آجر من شريكه**) ش: فلو كان الشيوع مانعًا لما جاز من شريكه كالهبة م: (**أو من رجلين**) ش: أي أو كما إذا آجر من رجلين فإنه يجوز .

وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعًا ، وكذا لو أجر نصف داره شائعًا يجوز م: (**وصار كالبيع**) ش: أي فصار حكم التخلية هنا كحكم التخلية في البيع من حيث إن التخلية تسليم فيه .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز**) ش: هذا إما معاوضة وإما ممانعة .

فتقرير الأول : أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه ، لأن تسليم المشاع وجد سواء كان محتمل القسمة كالدار أو لا كالعبد غير متصور ، وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الانتفاع به ، والإجارة عقد على المنفعة فيكون هذا دليلاً مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم .

وتقرير الثانية أن يقال : لا نسلم انتفاء المانع فإنه آجر ما لا يقدر على تسليمه وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة م: (**وهذا**) ش: توضيح لكون إجارة المشاع إجارة ما لا يقدر على تسليمه م: (**لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور**) ش: فلا يتصور استيفاء المنفعة ، لأن الانتفاع أمر حسي

والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه . وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد ، وشرط الشيء يسبقه ، ولا يعتبر المتراخي سابقاً. وأما إذا أجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع .

والشائع لا يحتمله .

م: (**والتخلية اعتبرت تسليمًا**) ش: جوابًا عما قالا والتسليم ممكن بالتخلية .

ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليمًا لذاتها ، حيث اعتبرت ، بل لكونها تمكينًا ، وهو معنى قوله : م: (**لوقوعه تمكينًا**) ش: أى لوقوع التخلية تمكينًا من القبض وتذكير الضمير على تأويل رفع الموانع م: (**وهو**) ش: أي التمكين م: (**الفعل الذي يحصل به التمكن**) ش: من الانتفاع حسًا م: (**ولا تمكن في المشاع**) ش: لأنه معدوم فيه ، فالحاصل أن التخلية كأنها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكن ، والتمكن في المشاع غير حاصل ففات المعلول . وإذا فات المعلول لا معتبر بالعلة .

م: (**بخلاف البيع لحصول التمكن فيه**) ش: لأن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ، ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلاً.

م: (**وأما التهايؤ**) ش: جواب عن قولهما أو بالتهايؤ . وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك ، وهو معنى قوله : م: (**فإنما يستحق حكمًا للعقد بواسطة الملك**) ش: يعني حكمًا لثبوت الملك م: (**وحكم العقد يعقبه**) ش: أي يعقب العقد ، لأن حكم الشيء هو الأثر الثابت بعد الضرورة يتأخر عنه م: (**والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه**) ش: أي سبق الشيء لتوقف وجود المشروط على وجود الشرط ، فالمتوقف عليه سابق لا محالة م: (**ولا يعتبر المتراخي سابقًا**) ش: وهو التهايؤ ، لأنه حكم ، فمتى اعتبر سابقًا يلزم قلب الحكم شرطًا ، وذا لا يجوز .

م: (**وأما إذا أجر من شريكه**) ش: جواب عن قولهما فصار كما إذا أجر من شريكه . ووجهه أنه إذا أجره من شريكه م: (**فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع**) ش: يعني أن البعض له بحكم الملك ، والبعض بحكم الإجارة ، وكل المنفعة تحدث على ملكه فلا شيوع حينئذ .

قيل : لو لم يكن فيه الشيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك ، لكنه لم يجز .

وأجيب : بأن المراد بأن لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه ، فالمنفي شيوع موصوف ، ويجوز أن يكون الشيوع مانعًا فحكم باعتبار دون آخر ، فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض ، فإن القبض التام لا يحصل في الشائع ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه

والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه . وبخلاف الشيوع الطارئ لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء .

وهو المنفعة ، وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك . والتحقيق في هذا الموضع أن الشيوع إما في العين أو في المنفعة ، فإن كان في العين فقد منع من الهبة ، والرهن دون التسليم في الإجارة ، وإن كان في المنفعة فقد منع عن التسليم فيها إن كان ابتداء وإن كان طارئًا لم يمنع ، فافهم .

م: (**والاختلاف في النسبة لا يضره**) ش: جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه ، لكن مع اختلاف النسبة ، لأن الشريك ينتفع بنسبة الملك بنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودًا .

فأجاب : بأن الاختلاف في النسبة لا يضره ، أي لا يضر كون حدوث كل الانتفاع على ملكه ، لأنه لا عبرة لاختلاف الأسباب مع اتحاد الحكم م: (**على أنه لا يصح**) ش: أى على أن عقد إجارة المشاع من شريكه أيضًا لا يصح م: (**في رواية الحسن عنه**) ش: أي عن أبي حنيفة . وذكر القدوري في التقريب روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع يعني إجارة المشاع من الشريك وغيره .

م: (**وبخلاف الشيوع الطارئ**) ش: بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه يبقي الإجارة في نصيب الحي شائعًا في ظاهر الرواية ، وذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة أنه يفسد في حق الحي .

وقال صاحب « العناية » : قوله : «وبخلاف الشيوع الطارئ » ليس له تعلق ظاهر ، أراد أن ذكره ها هنا غير مناسب ، وليس كذلك ، بل تعلقه ظاهر لأنهما أجازا إجارة المشاع قياسًا على ما إذا أجر داره من رجلين ثم مات أحدهما ، فإنه تبقي الإجارة مع أن فيها الشيوع، كما إذا ذكرنا لا يقال على هذا يكون قوله وبخلاف ما إذا أجر من رجلين تكرارًا ، لأن قوله بخلاف الشيوع الطارئ مثل أصل قاعدة .

وقوله: « بخلاف ما إذا أجر من رجلين » من الفروع المبنية على هذا الأصل ، فلا تكرار في ذكر الأصل من الفرع .

وإنما التكرار يكون إذا كانا رجلين متحدين أو فرعين متحدين م: (**لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء**) ش: عند الابتداء ، كما أن تكبيرة الافتتاح شرط لابتداء الصلاة وليس بشرط للبقاء .

وبخلاف ما إذا أجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارىء . قال : ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ (الطلاق : الآية٦) ، ولأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله ﷺ وقبله وأقرهم عليه .

م: (**وبخلاف ما إذا أجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة**) ش: لأن العقد أضيف إلى كل الدار ، ولا يشيوع فيه ، لأن كل واحد منهما يستوفي منافعها على ملك المؤجر ويخرج من ملكه جملة م: (**ثم الشيوع**) ش: الحاصل م: (**بتفرق الملك فيما بينهما طارئ**) ش: يعني بعد ثبوت الملك لهما ، فيتحقق بعد العقد ، فيكون طارئًا .

فإن قيل : لا نسلم أنه طارئ بل هو مقارن ، لأنها تنعقد ساعة فساعة .

أجيب : بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم ، فلا يكون مقارنا .

قيل : هذا الجواب فاسد ، لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء ذو بقاء سقط الاعتراض ، وإنما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها . والصواب أن يقال الطرآن إنما يكون على التسليم لا على العقد ، وذلك مما لا شك فيه .

فإن قيل : ينبغي أن تجوز الهبة في اثنين ، لأن الشيوع الطارئ فيهما لا يمنع أيضًا .

قلت : عدم العلة لا يوجب عدم الحكم لجواز ثبوته لعلة أخرى ، وهنا لم يوجد قران الشيوع في الهبة ، ولكن وجد مانع آخر وهو عدم إمكان القبض إلا في ضمن قبض نصيب الآخر ، والضمني كالعدم . والقبض منصوص عليه في الهبة فاعتبر كماله ، والكمال مع كونه ضمنيًا لا يتصور .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز استئجار الظئر**) ش: بكسر الظاء المعجمة وسكون الهمزة وهي المرضعة .

م: (**بأجرة معلومة**) ش: قيد به لأن الأجرة إذا كانت مجهولة لا تصح م: (**لقوله تعالى : ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾** م: (**الطلاق: الآية ٦**) ش: المراد بعد الطلاق ، أي فإن أرضعن أولادكم لأجلكم فأعطوهن أجورهن ، أمر بإيتاء أجورهن فيكون دليلا على جواز إجارة الظئر ، يعني إذا لم يتطوعن .

م: (**ولأن التعامل به**) ش: أي باستئجار الظئر م: (**كان جاريًا في عهد رسول الله ﷺ**) ش: أي في زمانه م: (**وقبله**) ش: أي قبل عهده م: (**وأقرهم عليه**) ش: أي على التعامل به ، وتقريرهم

ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به ، واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب . وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر ، والأول أقرب إلى الفقه ، لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً ، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها

عليه تشريع لهم بذلك م: (**ثم قيل**) ش: قائله صاحب « الإيضاح » ، وصاحب « الذخيرة » وبعض أصحاب أحمد والشافعي م: (**إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به**) ش: أي بأموره م: (**واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب**) ش: فيكون كالاستئجار على الخدمة.

م: (**وقيل**) ش: أي قائله شمس الأئمة السرخسي م: (**إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة**) ش: قال شمس الأئمة في « المبسوط » : والأصح أن العقد يرد على اللبن ، لأنه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع م: (**ولهذا**) ش: توضيح لما ذهب إليه شمس الأئمة م: (**لو أرضعته**) ش: أي لو أرضعت الظئر الصغير م: (**بلبن شاة لا تستحق الأجر**) ش: فدل أن اللبن غير تابع بل معقود عليه م: (**والأول أقرب إلى الفقه**) ش: أشار بهذا إلى أنه اختار هذا القول ، أي القول الأول أقرب إلى الأصول م: (**لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها**) ش: فإنه لا يجوز ، واختار حافظ الدين أيضًا هذا القول حيث قال في الكافي : والصحيح هو الأول.

وقال السغناقي : قال شمس الأئمة في « المبسوط » : وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه . وأما اللبن فيمنع فيه ، لأن اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الإجارة كلبن الأنعام .

ثم قال : والأصح أن العقد يرد على اللبن ، لأنه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع ، والمعقود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - ، فإنه قال : استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه .

وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه . وقد ذكر في الكتاب أنها لو ربت الصبي بلبن الأنعام لا تستحق الأجر وقد قامت بمصالحه ، فلو كان اللبن تبعًا ولم يكن البدل مقابله لا يستوجب الأجر.

ثم قال السغناقي : عجبًا لمن تبع بعد هذا الإمام الكبير وبعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد - رحمه الله - رأي من خالفه وليس هذا إلا تقليد صرف .

وقال صاحب العناية : الدليل ليس بواضح ، لأن مدار قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور وسائط منها اللبن فجعل العين المربية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على إتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا نسلم له بما روى ابن سماعة عن محمد - رحمه الله - لأنه ليس بظاهر الرواية .

ولئن كان فنحن بمعنى أن يستحق بعقد الإجارة وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعًا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك .

قلت : قول شمس الأئمة هو الأقرب إلى الفقه ، لأن الأعيان تحدث شيئًا فشيئًا من يقع أصلها بمنزلة المنافع فتجوز إجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده ، والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها ، والمتخذ لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ، وإجارة الظئر ثابتة بنص القرآن الموافق للقياس الصحيح .

فيجب أن يكون أصلاً يقاس عليها إجارة الشجر لثمرها وإجارة البقر للبنها والشاة ونحوها لا أن تجعل إجارة البقر لشرب لبنها باطلة ويقاس عليها إجارة الظئر كما ذكره المصنف .

وقد نص مالك على جواز إجارة الحيوان مدة للبنه ، ثم من أصحابه من جوز ذلك مطلقًا تبعًا لنصه ، ومنهم من منعه ، ومنهم من شرط فيه شروطًا .

وقد ورد عن عمر - رضي الله عنه - أنه ضمن حديقة أسيد بن حضير ثلاث سنين ، وهذا بمشهد من الصحابة ولم يرد أن أحدًا منهم أنكره عليه .

وجوز ذلك بعض أصحاب أحمد ، وجوز مالك ذلك تبعًا للأرض قدر الثلث ولا شك أن المقصود من الظئر إنما هو اللبن والحمل والخدمة فتبع .

وإذا قيل :إن الخدمة هي الأصل كان في ذلك قلب للوضع ، ونظير ذلك ما قيل في الحمام، وأن الأجرة في مقابلة العقود في الحمام ، وإن استعمال الماء الجاري فيه تبع ، وهذا قلب الموضوع أيضًا .

بل الحق أن استئجار الظئر إنما هو لإرضاع الولد بلبنها على جاري العادة في ذلك ، وإن حمله وإلقامه الثدي ونحو ذلك تبع غير مقصود بالقصد الأول . ومن كابر في ذلك كان بمنزلة المكابر في الحسيات .

وكذلك دخول الحمام إنما هو المقصود فيه بالقصد الأول استعمال مائه . وكيف يقول

وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى . وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة قال : ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة- رحمه الله- . وقالا : لا يجوز؛ لأن الأجرة مجهولة

صاحب العناية بل المقصود هو الإرضاع إلى آخره ، حيث يجعل اللبن مع كونه أصلاً ومقصوداً بالذات فرعًا وجزءًا من جملة الأمور والوسائط التي يتعلق بها انتظام أمر الصبي .

وكيف يقول لما روى ابن سماعة عن محمد غير ظاهر الرواية ، وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائة ركعة .

م: (**وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى**) ش: أراد به الجواب عن قول أهل المقالة الثانية حيث قالوا : ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر وسيأتي ذلك قريبًا من صفحة ، بقوله: لأنها لم تأت بعمل فتستحق عليها م: (**وإذا ثبت ما ذكرنا**) ش: يعني من جواز الإجارة بأحد الطريقين.

م: (**يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة**) ش: يعني أن الإجارة لما جازت باعتبار الخدمة فتعتبر باستئجار العبد للخدمة ، فكل ما جاز ثمة يجوز هنا ، وكل ما لا يجوز ثمة لا يجوز هنا ، غير أي جواز استئجار الظئر بالطعام والكسوة باعتبار أنها لا تفضي إلى المنازعة .

قيل : هذا تكرار لأنه قد علم من أول المسألة جوازها ، حيث صدر الحكم فاستدل فلم يقع هذا التكرار ؟

أجيب : أنه أثبت أولاً جوازها بالكتاب والسنة ثم رجع إلى إثباتها بالقياس . ويجوز أن يكون توطئة لقوله: ويجوز بطعامها وكسوتها ، يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات وبطعامها وكسوتها أيضًا ، والأصوب أن يجاب بما قلنا آنفًا ، يعني غرضه من هذا أن يبين أن استئجار الظئر كاستئجار العبد على الخدمة ، فكل ما جاز هناك يجوز هنا والعكس أيضًا مع اعتبار أمر آخر هنا كما ذكرناه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانًا عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وبه قال مالك وأحمد في حاوي الحنابلة . ويصح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها ولها الوسط، ومع النزاع كإطعام الكفارة .

م: (**وقالا : لا يجوز ، لأن الأجرة مجهولة**) ش: لأن الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة، وكذا الكسوة ، وبه قال الشافعي .

فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ . وله أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لأن في العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد ، فصار كبيع قفيز من صبرة . بخلاف الخبز والطبخ ، لأن الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة . وفي «الجامع الصغير» فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز ، يعني بالإجماع ، ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها ، وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضاً لما قلنا ،

وفي شرح « الكافي » : قال أبو يوسف ومحمد : إن سموا لها طول كل ثوب وعرضه ورفعته وضربوا لذلك أجلاً فهو جائز ، وكذلك الطعام إن سموا لها كل يوم كيلاً من الدقيق فهو جائز، وإنما وجب لها الوسط من الطعام والكسوة إذا لم يوصف عند أبي حنيفة ، لأن البدل إذا ثبت في الذمة مطلقًا وجب الوسط منه ؛ كالمهر والدية م: (**فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ**) ش: يعني كما استأجر امرأة للخبز له كل يوم عشرة أمناء وتطبخ له عشرة أرطال من اللحم مثلاً ، وتكون الأجرة الطعام والكسوة فإنه لا يجوز ، وهذا يلزم مالكًا وأحمد فإنهما يخيران ذلك .

م: (**وله أن الجهالة**) ش: أي الجهالة المذكورة م: (**لا تفضي إلى المنازعة ، لأن في العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد**) ش: والجري على موجب مرادهن ولا يمنع إلا الجهالة المفضية إلى المنازعة ، والأظآر على وزن أفعال جمع ظئر م: (**فصار كبيع قفيز من صبرة**) ش: فإنه يجوز وللبائع أن يعطي من أي جانب شاء ، لأنها جهالة لا تفضي إلى المنازعة م: (**بخلاف الخبز والطبخ ، لأن الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة**) ش: فلذلك لا يجوز .

م: (**وفي «الجامع الصغير» فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها**) ش: أي أجل الكسوة ، أراد به وقت العطاء م: (**وذرعها فهو جائز يعني بالإجماع**) ش: ذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجمعًا عليه بمعرفة الجنس والأجل والمقدار م: (**ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها**) ش: أي مكان المسمى من الدراهم م: (**وهذا لا جهالة فيه**) ش: أي جعل الأجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه .

قال السغناقي : هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بأن الدراهم المسماة ، لأنه ذكر في « الجامع الصغير» لفخر الإسلام .

أما إذا سمى الطعام دراهم فإن معناه أن يجعل الدراهم به فلا شك في جوازه ثم يستبدل به طعاما فيصح ، قيل : لو زيد في كلام المصنف بعد قوله : أن يجعل الأجرة دراهم لفظة بدلاً استفاد المعنى الذي ، قاله السغناقي م: (**ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضًا لما قلنا**) ش: أشار به

ولا يشترط تأجيله ، لأن أوصافها أثمان ، ويشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان القدر والجنس ، لأنه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم . قال : وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ، ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه ،

إلى قوله لا جهالة فيه .

م: (**ولا يشترط تأجيله**) ش: أي تأجيل الطعام المسمى أجرة ، م: (**لأن أوصافها**) ش: أي أوصاف الطعام والتأنيث بتأويل الحنطة م: (**أثمان**) ش: أراد أن المكيل والموزون إذا كان موصوفًا غير مشار ثمن بدليل ثبوته في الذمة فلا يشترط بيان الأجل كما في سائر الأثمان .

وهذا احتراز عن الطعام إذا كان مسلمًا فيه فإن الطعام فيه مبيع مع كونه دينًا فاشترط تأجيله م: (**ويشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة**) ش: إن كان له حمل ومؤنة م: (**خلافًا لهما ، وقد ذكرناه في البيوع**) ش: أي في باب السلم م: (**وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضًا**) ش: يعني إذا استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان الأجل م: (**مع بيان القدر والجنس**) ش: لأن وجوب الثياب دينًا في الذمة عرف شرعًا .

بخلاف القياس ، فيقتصر على مورده ، والشرع ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرائط السلم م: (**لأنه**) ش: أي لأن وجوب الكسوة م: (**إنما يصير دينًا في الذمة إذا صار مبيعًا ، وإنما يصير مبيعًا عند الأجل كما في السلم**) ش: وفي بعض النسخ : إنما صار مبيعًا والمعنى فهم مما ذكرنا آنفًا .

م: (**قال : وليس للمستأجر أن يمنع زوجها**) ش: أي زوج الظئر م: (**من وطئها ، لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن**) ش: أي المستأجر م: (**من إبطال حقه**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك ليس له وطئها إلا برضى المستأجر ، لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه بالحبل .

قلنا: الوطء حق مستحق له قبل العقد بعقد النكاح وهو باق فلا يسقط بأمر موهم .

م: (**ألا ترى**) ش: توضيح لما سبقه م: (**أن له**) ش: أي لزوج الظئر م: (**أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به**) ش: أي بعقد الإجارة م: (**صيانة لحقه**) ش: أى لحق الزوج ، وبه قالت الثلاثة . وعن الشافعي في وجه لا يصلح العقد بغير رضاه وبه قال أحمد - رحمه الله - . ولو زوج بعد عقد الإجارة له الفسخ بالإجماع .

وقيل : إن كان الزوج ممن يشبه أن تكون امرأة ظئرًا فله الفسخ لدفع الضرر عنه وإلا لا .

إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله ، لأن المنزل حقه . فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها ، لأن لبن الحامل يفسد الصبي ، فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضًا وعليها أن تصلح طعام الصبي ، لأن العمل عليها .

والأصح : أنه له ذلك مطلقًا ، وهذا كان زوجها معروفًا وكان مجهولاً لا يعرف أنها امرأته إلا بقولها فليس له الفسخ ، لأن العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في المستأجر ، لأنه يمكن منه المواضعة مع هذا الرجل ، وهو نظير المنكوحة إذا كانت مجهولة الحال فأقرت بالرق على نفسها لا يصدق في إبطال النكاح .

م: (**إلا أن المستأجر يمنعه**) ش: أي يمنع زوج المرضعة م: (**عن غشيانها في منزله ، لأن المنزل حقه**) ش: فلا يدخل إلا بإذنه م: (**فإن حبلت**) ش: أي الظئر م: (**كان لهم**) ش: أي لأهل الصغير م: (**أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها ، لأن لبن الحامل يفسد الصبي فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضًا**) ش: وكذا إذا كانت سارقة يخاف منها على المتاع . وكذا إذا تقيأ الصبي لبنها . وكذا إذا كانت فاجرة بينًا فجورها ، بخلاف ما إذا كانت كافرة حيث لا تفسخ ، لأن كفرها في اعتقادها ولا يضر بالصبي . وكذا إذا أرادوا السفر فتأبى الخروج معهم فهو عذر .

وأما عذرها فمرض يصيبها لا تستطيع معه الإرضاع ، وكذا إذا لم تكن معروفة بالظؤرة فلها أن تفسخ . وكذا إذا لم يكفوا عن إيصائها بسنتهم كان لها الفسخ ، كذا في « المبسوط » .

ولو استأجر امرأته لإرضاع ولده منها لا يجب الأجر ، وبه قال الشافعي : والقاضي الحنبلي . وقال مالك وأحمد : يجوز .

قلنا : هذا يجب عليه ديانة وإن كانت لا تجبر على ذلك ، كما لو استأجرها لكنس البيت أو الطبخ أو الغسل أو غير ذلك . وفي « المبسوط » : ولو استأجرها لإرضاع ولدها منه بمال الولد وللولد مال صح في رواية ابن رستم عن محمد ويكون لها الأجرة في مال الولد . ولو استأجرها لإرضاع ولده من غيرها لا يجوز بلا خلاف وكان لها الأجر . ولو استأجر خادمها لترضع ولد منها لا يجب الأجر .

ولو استأجر مكاتبتها جاز . ولو أرضعت خادمة الظئر الصبي فلها الأجر ، لأنه لم يشترط الإرضاع بنفسها ، كذا في «الذخيرة» .

وقال أحمد ، وأبو ثور : لا أجر لها كما لو اشترى لبن الغنم ، ويجوز استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذا سائر أقاربه بلا خلاف .

م: (**وعليها**) ش: أي على الظئر م: (**أن تصلح طعام الصبي ، لأن العمل عليها**) ش: أي العمل

والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر . أما الطعام فعلى والد الولد . وما ذكر محمد -رحمه الله- أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة . وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها ، لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع ، فإن هذا إيجار وليس بإرضاع

الراجع إلى منفعة الصبي على الظئر . م: (**والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب**) ش: أراد أن الأصل في الإجارة إذا وقعت على عمل فيما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف م: (**فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر**) ش: وبه قالت الثلاثة .

وعن الشافعي -رحمه الله- في وجه لا يلزمها . قال تاج الشريعة : أراد غسل الثياب عن البول والغائط لا عن الدرن والوسخ م: (**أما الطعام فعلى والد الولد**) ش: أراد طعام الصبي .

م: (**وما ذكر محمد - رحمه الله - أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة**) ش: لأن في توابع المقصود يرجع إلى العادة ، ولهذا قالوا فيمن استأجر فيمان فالزنبيل واللبن على صاحب اللبن للعرف ، وإن كان العرف في بلد على خلافهم يؤخذ به . وقالوا في الخياط الخيط عليه ، وحط التراب على القبر على الحافر إن كان في بلد يتعاملون به .

وقالوا في الطباخ إذا استؤجر في عرس إخراج المرق عليه ، فإن طبخ قدراً خاصة فليس عليه ، وهذا مبني على العادة . وإدخال الحمل المنزل فيما إذا تكارى الدابة فعلى ما يفعله الناس .

فأما الصعود به على السطح أو الغرفة فليس عليه إلا إذا شرط . ولو كان حمالاً على ظهره فيجب عليه الإدخال وليس عليه الصعود به للعرف ، وأراد بالدهن الزيت غالبًا ، لأن الصغير لابد من دهنه بالزيت أحيانًا وإن كان يتناول غيره من الأدهان . وأراد بالريحان الآس ، وهو الذي يقال له المرسين بلغة أهل مصر ، فإن كان الصغير لا يستغنى عنه البتة ، والريحان اسم لكل نبت طيبة الريح .

م: (**وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها**) ش: وبه قالت الثلاثة م: (**لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع فإن هذا إيجار وليس بإرضاع**) ش: هذا هو العذر الموعود قبله بقوله : وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة .

وقال صاحب « العناية » : وهذا دليل ظاهر على ما قدمنا ، فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ، ولهذا لو أوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم يستحق الأجرة ،

وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل

فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين وهو اللبن .

قلت : قد مر الجواب عن هذا على أن السغناقي قال يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عند شمس الأئمة -رحمه الله- . قوله : إيجار مصدر أوجرته إذا صببت في وسط فمه دواء . وكذا وجرته . والوجور بفتح الواو اسم لتلك الدواء .

فإن قلت : الظئر أجير خاص أو أجير مشترك ؟

قلت : دل كلام مصنف المبسوط أنها أجير خاص ، حيث قال لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فمات أو سرق الصبي أو من متاعه وثيابه في يدها لم تضمن الظئر ، لأنها بمنزلة الأجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة . ألا ترى أنها ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، والأجير الخاص أمين فيما في يده .

ودل كلام صاحب « الذخيرة » أنها تجوز أن تكون خاصًا وأن يكون مشتركًا ، فإنها لو أجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما وفوعت أثمت ، وهذا جناية منها ولها الأجر منهما كاملاً على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملها فاعتبار أنها تستحق الأجر منهما كاملاً كالأجير المشترك و باعتبار أنها أثمت لما فعلت كالأجير الخاص ، وفيه نظر لا يخفى .

وقال علاء الدين الأسبيجابي في شرح « الكافي » : المسائل متعارضة في هذا الباب بعضها يدل على أنها في معنى أجير الواحد ، وبعضها يدل على أنها في معنى الأجير المشترك ، والصحيح : أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك . وإن حملها إلى منزله فهي أجير واحد .

وقال الكرخي في« مختصره »: والظئر بمنزلة الأجير الخاص وليس لها أن تؤجر نفسها من غير الأولين م: (**وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى**) ش: وهوالمعنى الذي ذكره من قوله، لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها . . . إلى آخره.

م: (**أنه اختلف العمل**) ش: بفتح همزة أن لأنها بدل من المعني وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها : لأنه والصحيح الذي ضبطه مشايخنا هو الأول .

وقال الأسبيجابي في شرح « الكافي » : ولو استأجر ظئرًا ترضع صبيًا في بيتها فجعلت تؤجر بلبن الغنم وتغذوه بكل ما تصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو ليس لها لبن فلا أجر لها ، لأنها لم ترضعه .

فإن جحدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ بها ، لأنها أقوى . وإن أقاما جميعًا البينة أخذت بينتها ، لأنها تثبت استحقاق الأجر عليه ، فإن استأجرت له ظئرًا فأرضعته كان مثل هذا في القياس، ولكن استحسن أن يكون لها الأجر .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف) ش: فالإجارة فاسدة فلذلك قال : م: (فله أجر مثله) ش: أي فللحائك أجر مثله ، لأن هذا حكم الإجارة الفاسدة .

وفي « المبسوط » حكى الحلواني عن أستاذه أبي علي النسفي أنه كان يفتي بجواز دفع الثوب إلى الحائك لينسجه بالنصف في دياره بنصف ، لأن فيه عرفًا ظاهرًا، وكذا مشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الإجارة من الثياب للتأمل والقياس قد يتركه بالتعامل كما في الاستصناع .

قال : والأصح عندي أن ما ذكره في الكتاب أصح ، لأن هذا في معنى قفيز الطحان على ما يجيء عن قريب .

وقالوا في شرح « الجامع » : وكذلك إذا استأجر حمارًا ورجلاً يحمل طعامًا بقفيز منه محمولاً فالإجارة فاسدة ويجب أجر المثل ، وقال الفقيه أبو الليث : هذا قول المتقدمين ، ولأن مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصر بن يحيى ومحمد بن مسلمة .

وفي « خلاصة الفتاوى » : رجل دفع إلى حائك غزلاً وأمره بأن ينسج له ثوبًا وبين صفته على أن ربعه أو ثلثه للحائك أجرًا لعمله لم يجز ، وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي يفتي بجوازه ويجعله بحكم العرف .

قال : والفتوى على جواب الكتاب . وفي « صحيح البخاري » قال إبراهيم وابن سيرين وعطاء والحاكم والزهري وقتادة -رحمهم الله- : لابأس أن يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه.

قال صاحب « العناية » : فإن قيل إذا كان عرف دياره على ذلك فهل يترك به القياس . قيل : لا ، لأنه في معناه من كل وجه ، يعني في معنى قفيز الطحان بالعرف .

قلت : الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه ، انتهى .

قلت: قال تاج الشريعة : كان تجويز هذا يعني بها الإجارة التي أفتى بها مشايخ بلخ وأبو عني النسفي بطريق تخصيص دلالة النص الذي يحوك الثوب ببعضه ، غير أن الحائك نظيره

فيكون النص وارد فيه دلالة ، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك علمنا في قفيز الطحان كان تخصيصًا لدلالة النص لا تركًا للنص أصلاً ، انتهى . فهذا صريح أن دلالة النص تخص ، والتخصيص لا يكون إلا في العموم ، على أنا نقول إن هذا الحديث الذي يتمسكون تارة بعمومه وتارة بخصوصه غير صحيح .

قال ابن قدامة في « المغني » : وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته . وقال الشيخ شمس الدين ابن القيم : هذا الحديث لا يثبت بوجه ، مع أن لفظ الحديث نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان على ما نبينه عن قريب(١) .

وقوله : نهى مبني لما لم يسم فاعله ، ولا يلزم أن يكون الناهي هو رسول الله ﷺ ، وأي فرق بين أن يستأجره ليطحن له حنطة بقفير حنطة أو بقفيز من طحين غيرها ، بل هذا فرق صوري لأنا ننزله ولا يتعلق بذلك مفسدة قط لا جهالة ولا ربا ولا عذر ولا منازعة ولا ضرر . وأي غرر أو مفسدة في أن يدفع إليه غزله لينسجه ثوبًا بذراع أو زيتونًا ليعصرها زيتًا بجزء معلوم منه وأمثال ذلك مما هو مصلحة للمتعاقدين فقد لا يكون معه أجرة سوى ذلك الغزل أو الحب ، ويكون الأجر محتاجًا إليه وقد تراضيا بذلك فجوزناه .

وقال القياس : وحاجة الناس وهو قول عطاء والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم وقتادة وأحمد وإسحاق . واحتج أحمد بحديث جابر أن النبي ﷺ « **أعطى خيبر على الشطر** » .

ولم يثبت عن الشارع ما يمنع ولا يترتب عليه شيء من الفساد بل هو مصلحة محضة ، والمصنف أيضًا لم يقم دليلاً على ما ادعاه من الفساد سوى أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوخ أو المحمول ، وحصول بفعل الأجير فلا بعد هو قادر بفعل غيره ، وهذا لا يعول ، فإن المزارع يأخذ جزءًا من الخارج والمضارب جزءًا من الربح . والمعنى المذكور موجود في كل منهما ، بل هذا أولى بالجواز من المضاربة والمزارعة ، فإن الذي يأخذ منه الجزء هنا محقق الوجود وهناك معدوم على خطر الوجود لم يكن هذا المعنى مانعًا من جواز المرازعة والمضاربة ، فهنا أحق وأولى أن لا يمنع .

م: (**وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعامًا بقفيز منه فالإجارة فاسدة ، لأنه جعل الأجر بعض**

(١) رواه الدارقطني (٣/ ٤٧) ، والبيهقي (٥/ ٣٣٩) ، من طريق عبيد الله بن موسى ثنا سفيان عن هشام أبي كليب عن ابن أبي نعم البجلي عن أبي سعيد الخدري . . . مرفوعًا .

وإسناده حسن . وقال البيهقي : ورواه عطاء بن السائب عن عبد الرحمن بن أبي نعم . قال : نهى رسول الله ﷺ . . . فذكره .

ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه ، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات لا سيما في ديارنا ، والمعنى فيه أن المستأجرعاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول ،

ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان) ش: فإذا صار في معناه صار حكمه كحكمه م: **(وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عنه)** ش: أي نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان . وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي في « سننيهما » عن عبيد الله بن موسى ، ثنا سفيان عن هشام بن أبي كليب ، عن عبد الرحمن بن أبي نعم عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه - قال : نهي عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان . وأخرجه أبو يعلى الموصلي في « مسنده » عن ابن المبارك ثنا سفيان به ، وذكره عبد الحق في « أحكامه » من جهة الدارقطني قال فيه : نهى رسول الله ﷺ هكذا مبنيًا للفاعل كما قاله المصنف ، وتعقبه ابن القطان في كتابه ، وقال : إني تتبعته في كتاب الدارقطني من كل الروايات فلم أجده إلا هكذا : نهي عن عسب الفحل وقفيز الطحان ، مبنيًا للمفعول .

م: **(وهو)** ش: أي قفيز الطحان ، أي تفسيره م: **(أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه)** ش: وكذا لو استأجر رجلاً ليطحن له هكذا ، والحنطة في جواز ذلك أن يشترط صاحب الحنطة قفيزاً من الدقيق الجيد ولم يقل من هذا الحنطة ، لأن الدقيق إذا لم يكن مضافًا إلى حنطة بعينها يجب في الذمة . ثم إذا جاز يعطيه من دقيق هذه الحنطة م: **(وهذا أصل كبير)** ش: أي جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير أصل عظيم م: **(يعرف به فساد كثير من الإجارات)** ش: كما إذا استأجر أن يعصر له سمسًا بمن من دهنه ، وكذا إذا دفع أرضه ليغرس شجراً علي أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفان لم يجز ذلك والشجر لرب الأرض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل .

وكذا لو استأجر امرأة لتقول هذا القطن وهذا الصوف برطل في الغزل وكذا عجن الطحن بالنصف ، ودياس الدخن بالنصف ، وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك، وكل ذلك لا يجوز م: **(لاسيما في ديارنا)** ش: أي خصوصًا في ديارنا ودياره بلاد فرغانة وراء جيحون ومدينة مرغينان ، وهي من بلاد فرغانة .

م: **(والمعنى فيه)** ش: أي في النهي عن قفيز الطحان م: **(أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر)** ش: لأن المسمى غير مقدور التسليم عند العقد م: **(وهو بعض المنسوج)** ش: في مسألة الحائك م: **(أو المحمول)** ش: أي وبعض المحمول في مسألة استئجار الحمال لحمل الطعام وليس له حكم

وحصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادراً بقدرة غيره ، وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر ، لأن المستأجر ملك الأجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركاً بينهما . ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر ، لأنه ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

الوجود لأنه غير واجب في الذمة فكان معدومًا فيعجز عن تسليمه ، لأن وجوده م: **(وحصوله بفعل الأجير فلا يعد)** ش: أي المستأجر م: **(هو قادراً بقدرة غيره)** ش: إذ العبرة بقدرة نفسه .

وفي « مبسوط صدر الإسلام وجامعه » معنى النهي في قفير الطحان ، ونظائره أنه جعل شرط صحة العقد بناء على حكم العقد ، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بعد العمل ، وشرط العقد لا يجوز أن يكون حكم العقد ، لأنه خلاف وضع الشرع إذ الشرط يسبقه والحكم يعقبه .

م: **(وهذا)** ش: أي وهذا الذي ذكرنا من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حماراً ليحمل طعامًا بقفيز منه م: **(بخلاف ما إذا استأجره)** ش: أي الحمار م: **(ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر)** ش: هذا من مسائل إجارات «الجامع الكبير» .

وهنا مسألة أخرى وهي ما إذا استأجر رجلاً ليحمل له كرحنطة إلى بغداد مثلاً بنصفه كانت الإجارة فاسدة وله أجر مثله إن بلغ بغداد لا يجاوز قيمته نصف الكر عندنا . والفرق بينهما أن الحنطة هنا صارت محمولة بعمل الأجير فكان في معنى قفيز الطحان فيكون فاسداً فيجب أجر المثل .

وأما في مسألة الكتاب فلما أشار إليه بقوله م: **(لأن المستأجر)** ش: بفتح الجيم وهو الأجير م: **(ملك الأجر في الحال بالتعجيل)** ش: لأن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الأجرة م: **(فصار مشتركًا بينهما . ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر، لأنه ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه)** ش: وفيه خلاف الشافعي - رحمه الله .

قيل : ها هنا نظير أن الأول في قوله حيث لا يجب الأجر كيف يقول لايجب ، لأنه قد وجب وقبض وهو نصف الطعام ، ثم يقول لأن المستأجر ملك الأجر .

والثاني في قوله لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه نظر ، فإن هذا ممنوع ، لأن صورة المسألة أن الطعام مشترك بينهما ، فكيف يقال إن كل جزء منه يكون الشريك الحامل له عاملاً لفسد ، وإن كان مراده أن ما من جزء إلا وهو مشترك بينهما فيكون بهذا الاعتبار عاملاً لشريكه بعكس عليه ويقال : إنه إذا كان ما من جزء إلا وهو مشترك بينهما فيكون بهذا الاعتبار عاملاً لشريكه .

ولا يجاوز بالأجر قفيزاً ، لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل ، لأنه رضي بحط الزيادة، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد ، لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط . قال : ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقال أبو يوسف

ولكن الحق أن الجزء الذي لشريكه ليس هو عاملاً لنفسه فيه ، بل لشريكه فهو في الحقيقة عامل لنفسه ، وعامل لشريكه فأخذه الأجرة في مقابلة عمله لشريكه . ولو قال ما من قفيز أو ما من حبة أو نحو ذلك لكان أقرب من قوله من جزء ، لأن الجزء ينطلق على الشائع والتعميم فيه غير ممنوع .

م: (**ولا يجاوز بالأجر قفيزًا**) ش: هذا يتصل بقوله وكذا إذا استأجر حمارًا ليحمل طعامًا بقفيز منه ، وانتصاب قفيزًا على المفعولية والفاعل هو قوله بالأجر على رأي من يجوز إسناد الفعل إلى الجار والمجرور ، وهذا إذا كان لا يجوز على البناء للفاعل يكون الفاعل هو الضمير في لا يجاوز الراجع إلى المستأجر ، وتكون الباء للمصاحبة ، والتقدير : لا يجاوز المستأجر مع الأجر قفيز الذي كان أجرة م: (**لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل ، لأنه**) ش: أي لأن الحامل م: (**رضي بحط الزيادة**) ش: أي الزياة على أحدهما من المسمى ومن أجر المثل، أما رضاه بالمسمى فعقده عليه ، وأما رضاه بأجر المثل فإقدامه على الإجارة الفاسدة .

م: (**وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغًا ما بلغ عند محمد لأن المسمى هناك**) ش: وهو نصف الحطب م: (**غير معلوم فلم يصح الحط**) ش: وعند أبي يوسف : لا يجاوز بأجره نصف ثمن ذلك لأنه قد رضي بنصف المسمى حيث اشتركا كما لو استأجر لحمل الحنطة بقفيز منها .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم**) ش: وهو جمع مختوم وهو الصاع بعينه ويشهد عليه حديث الخدري الوسق ستون مختومًا ، وسمى به لأنه يجعل على أعلاه خاتم مطبوع كيلا يزاد ولا ينقص .

وفي « المبسوط » : المختوم والقفيز واحد قوله هذه مفعول بقوله ليخبز ، والعشرة، صفته ، والمخاتيم مجرور بالإضافة كما في قولك الخمسة الأثواب على رأي الكوفيين ، وقوله : م: (**اليوم**) ش: نصب على الظرف أي اليوم .

م: (**بدرهم**) ش: يتعلق بقوله استأجر م: (**فهو فاسد**) ش: أي عقد هذه الإجارة فاسد م: (**وهذا**) ش: أي فساد هذا العقد م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله -** ،**وقال أبو يوسف** :

ومحمد -رحمهما الله- في الإجارات :هو جائز ؛لأنه يجعل المعقود عليه عملاً ، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة . وله أن المعقود عليه مجهول ، لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح ، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول فيفضي إلى المنازعة

ومحمد-رحمهما الله- في الإجارات) ش: أي من إجارات «المبسوط» م: (هو جائز) ش: وبه قالت الثلاثة .

وإنما قيد قولهما بهذا القيد ، لأنه لم يذكر قولهما في « الجامع الصغير» وفي «المبسوط» قولهما استحسان م: (لأنه يجعل المعقود عليه عملاً) ش: لأنه المقصود في الإجارات .

م: (ويجعل ذكر الوقت للاستعجال) ش: لا لتعلق العقد به ، فكان إذا استأجره بعمل على أن يفرغ منه في نصف النهار كان له الأجر كاملا ، ولو لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد ، لأنه صار أجيرًا مشتركًا والحمل على هذا ما لا بد منه م: (تصحيحًا للعقد فترتفع الجهالة) ش: بما ذكرنا من الحمل .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة -رضي الله عنه - م: (أن المعقود عليه مجهول) ش: لأنه ذكر سببين مختلفين يصلح كل واحد منهما أن يكون معقودًا عليه م: (لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودًا عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقودًا عليه ولا ترجيح) ش: لأحدهما على الآخر في الأولوية .

م: (ونفع المستأجر في الثاني) ش: وهو كون العمل معقودًا عليه حتى لا يجب الأجر إلا بتسليم العمل إليه م: (ونفع الأجير في الأول) ش: وهو كون ذكر الوقت موجبًا لكون المنفعة معقودًا عليها ، حتى يستحق الأجر بمجرد تسليم النفس في المدة وإن لم يعمل فجاز أن يطلب الأجير أجره نظرًا إلى الأول ويمنعه المستأجر نظرًا إلى الثاني م: (فيفضي إلى المنازعة) .

ش: فإن قيل : ما الفرق بين هذه وبين ما إذا قال إن خطبته اليوم فلك درهم وإن خطبته غداً فلك نصف درهم ؟ ، فإن أبا حنيفة -رحمه الله- أجاز الشرط الأول ، وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينهما وبين ما إذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ عنه اليوم فإن الإجارة فيها جائزة بالإجماع .

أجيب : في الفرق بينهما وبين الأول بأن دليل المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي للتوقيت آتي المجاز الذي هو التعجيل ، وليس في مسألتنا ما يعرفه عنها فلا يصار إلى المجاز ، وكذلك بينها وبين الثانية ، فإن كله«على» فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه ، فحيث جعله شرطًا دل على أن مراده التعجيل .

وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه تصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمي عملاً . لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق . قال : ومن استأجر أرضاً على أن يكريها ويزرعها ويسقيها فهو جائز ، لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقاً ، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد ، فإن شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد ، لأنه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وما هذه

يؤيده ما روي عن أبي حنيفة وهو قوله م: (**وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه تصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمي عملا**) ش: أي سمي المعقود عليه عملاً كأنه قال : إن علمت في بعض اليوم م: (**لأنه للظرف**) ش: أي لأن في الظرف لا للمدة والمظروف لا يستغرق الظرف م: (**فكان المعقود عليه العمل**) ش: لأنه كأنه قال : إن عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه .

م: (**بخلاف قوله اليوم**) ش: لأنه للمدة ، لأنه بدون في فيستقر جميع الظرف فيصلح أن يكون معقوداً عليه ، ويلزم الجهالة . وقال تاج الشريعة : إذا لم يذكر حرف في مستوعب الظرف فبالنظر إلى قوله لتخبز لي هذه العشرة المخاتيم يكون المعقود عليه هو العمل .

وبالنظر إلى قوله اليوم يكون المعقود عليه هي المنفعة فجهل المعقود عليه ففسدت الإجارة م: (**وقد مر مثله في الطلاق**) ش: أي فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في قوله أنت طالق في غد وقال: نويت آخر النهار .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**ومن استأجر أرضًا على أن يكربها**) ش: من كرب الأرض كربًا قلبها للحرث من باب طلب يطلب م: (**ويزرعها ويسقيها فهو جائز ، لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب ، فكان كل واحد منهما مستحقًا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد**) ش: لأن الشرط الملائم لا يفسد العقد .

م: (**فإن شرط أن يثنيها**) ش: من التثنية ويجيء الآن ، أما المراد من التثنية م: (**أو يكري أنهارها**) ش: أي يحضر من الكري وهو الحضر م: (**أو يسرقنها**) ش: من سرقنت الأرض إذا جعلت السرقين ويسمى السرجين وهي الزبل م: (**فهو فاسد**) ش: أي فإن العقد فاسد م: (**لأنه يبقى أثره**) ش: أي أثر كل واحد من المذكورات وهي التثنية والكري والسرقنة م: (**بعد انقضاء المدة، وأنه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين**) ش: وهو رب الأرض م: (**وما هذه**

حاله يوجب الفساد ، لأن مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة ، فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه . ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده . وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة . وإن كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعة ، وليس المراد بكري الأنهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح ، لأنه تبقى منفعته في العام القابل .

حاله يوجب الفساد ، لأن مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه) ش: أي كون الصفقتين في صفقة منهي عنه ، أي نهى عنه رسول الله ﷺ .

روى أحمد - رحمه الله- في « مسنده » حدثنا حسن وأبو النصر وأسود بن عامر قالوا : ثنا شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال : «**نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة** »[1] . قال شريك : قال سماك هو أن يبيع الرجل بيعًا فيقول هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا وقد مر الكلام فيه مستوفى في البيوع .

م: (**ثم قيل : المراد بالتثنية أن يردها**) ش: أي الأرض م: (**مكروبة ولا شبهة في فساده**) ش: لأنه لا يقتضيه العقد ، لأن الزراعة لا تتوقف عليه م: (**وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الأرض الربع بالكراب مرة ، والمدة**) ش: أي مدة الإجارة م: (**سنة واحدة**) ش: فإذا كان كذلك يفسد العقد أيضًا ، لأن فيه منفعة لأحدهما .

م: (**وإن كانت**) ش: أي المدة م: (**ثلاث سنين لا تبقى منفعة**) ش: فلا يفسد العقد أيضًا ، لأن فيه من مقتضيات العقد ، وكذا إذا كان الكراب مرتين والمدة سنة ، ولكن لا تخرج الأرض البديع إلا بالكراب مرتين ، لأنه ليس فيه منفعة لأحدهما .

وقد ذكر الفقيه أبو الليث عن مشايخنا أنهم قالوا : هذا الجواب في بلادهم ، أما في بلاد الخضرة نحو المزارعة بهذا الشرط لأن منفعة التثنية في بلاد الخضرة لا تبقى بعد انقضاء المدة ، فإن الإض وإن كربت مراراً فلما تبقي منفعتها إلى العام الثاني .

م: (**وليس المراد بكري الأنهار الجداول**) ش: وهو جمع جدول وهو النهر الصغير م: (**بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح**) ش: احترز به عن قول من قال : المراد بالأنهار الجداول وهو قول خواهر زاده ، وبه كان يفتى ، فإنه كان سوى بين الأنهار ، وبين الجداول عملاً بإطلاق لفظ الكتاب م: (**لأنه تبقى منفعته**) ش: أي منفعة كري الأنهار العظام م: (**في العام القابل**) ش: ومنفعة

---

(١) ضعيف : تقدم تخريجه .

قال : وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه . وقال الشافعي - رحمه الله - : هو جائز ، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى ، واللبس باللبس ، والركوب بالركوب . له أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين . ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة ، وإلى هذا أشار محمد -رحمه الله-

---

الجداول لا تبقى إلى العام القابل ، كذا ذكره المحبوبي .

فكان المستأجر هو المنتفع بالجداول خاصة وهو واجب على المستأجر بدون الشرط ، فكان شرطًا يفيد العقد فلا يفسد به . وصاحب المحيط اختار القول الذي نفاه المصنف .

م: **(قال)** ش: أي في « الجامع الصغير » : م: **(وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه)** ش: أي لا يجوز أصلاً .

هكذا فسره غالب الشراح ولم يبين أحد منهم وجه العدول عن لفظة لا يجوز أو يفسد إلى هذا اللفظ إلا تاج الشريعة ، فإنه قال من دأب محمد -رحمه الله-أنه يذكر الأخير فيما لم يجد نصًا صريحًا في فساده ليكون بيان الفساد بطريق الاقتضاء لا بالإفصاح .

فإن قلت : ما وجه تفسير لا خير هل يجوز أصلاً ؟

قلت : لأن النفي للجنس ، فإذا انتفت الخبرية من كل وجه ينتفي الجواز أصلاً .

م: **(وقال الشافعي :-رحمه الله - هو جائز)** ش: اختلف جنس المنفعة وأنفق ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- ، وعلى هذا الخلاف م: **(وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب)** ش: بأن أجر داره ليسكنها بسكنى داراً أخرى أو ثوبًا ليلبسه بلبس ثوب آخر ودابة ليركبها بركوب دابة أخرى م: **(له)** ش: أي الشافعي -رحمه الله- **أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين)** ش: على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك دينًا بدين ، وهو لا يجوز ، أشار إليه بقوله م: **(ولا يصير دينًا بدين)** ش: أي الإجارة بأجرة دين .

م: **(ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا)** ش: بفتح النون أي التأجيل م: **(فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة)** ش: صار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب القوهي بالثوب القوهي إلى أجل . وهو بضم القاف وسكون الواو وكسر الهاء نسبة إلى قوهستان كورة من كور فارس .

وإنما لم يجز البيع هنا ، لأن أحد وصفي علة الربا كاف في حرمة النساء وهو الجنس ، فكذا في المنافع إذا وجد فيها الجنس يحرم م: **(وإلى هذا أشار محمد - رحمه الله-)** ش: أي ما ذكر من الحكمين ، أعني حكم استئجار الأرض لزراعتها بزراعة أرض أخرى وما أشبهها .

ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس . بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة قال : وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له .

وحكم بيع القوهي بقوهي أشار محمد بن الحسن -رحمه الله- وهو ما روى ابن سماعة كتب من بلخ إلى محمد ، وقال لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ؟ فكتب محمد -رحمه الله- في جوابه : إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحياة وجالست الجنائي فكانت منك ذلة ، أما علمت أن إجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع قوهي بقوهي نساء . الجنائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها .

م: (**ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة**) ش: هذا طريق آخر في فساد الإجارة المذكورة ، وهي أن الإجارة إنما شرعت على خلاف القياس لحاجة الناس م: (**ولا حاجة عند اتحاد الجنس**) ش: لأنه كان متمكنًا من السكنى قبل ذلك العقد فلا يحصل بالعقد إلا ما كان متمكنًا منه باعتبار ملكه ، والكمال من باب الفصول والإجارة ما شرعت لاستيفاء الفصول م: (**بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة**) ش: بأن استأجر ركوبًا بلبوس لتحقق الحاجة فيجوز .

فإن قيل : النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد ، وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك .

أجيب : إنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئًا فشيئًا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط ، فألحق به دلالة احتياطًا عن شبهة الحرمة ، قيل فيه نظر ، لأن النساء شبهة الحرم فبالإلحاق به يكون شبهة الشبهة وليس بحرمة . أجيب بأن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالإلحاق تثبت الشبهة لا شبهتها .

فإن قيل : قبل النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئًا فشيئًا .

أجيب : بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزوم وجود أحدهما حكمًا وعدم الآخر وتحقق النساء . ثم لو استوفى المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية ، لأنه استوفى المنفعة بالإجارة الفاسدة . وذكر الكرخي عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا شيء عليه .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له**) ش: يعني : لا المسمى ولا أجر المثل .

وقال الشافعي – رحمه الله –له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائع جائز ، فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب .

ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع ،

وعلى قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب أجر المثل كما في إجارة المشاع ، لكن الفرق أن فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلا ، وهنا البطلان لتعذر الاستيفاء أصلاً وبدون الاستيفاء لا يجب الأجر في العقد الفاسد .

وقال الكرخي في « مختصره » : قال ابن سماعة عن محمد –رحمه الله– إن الطعام بين رجلين ولأحدهما سفينة فأراد أن يخرجا بالطعام من بلدهما إلى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه بحصته بعشرة دراهم فهو جائز ، وكذلك لو أراد أن يطبخ الطعام فاستأجر نصف الرحى الذي لشريكه ، قال وكذلك لو استأجر منه نصف جواليقه هذا ليحمل فيها هذا الطعام إلى مكة فهو جائز .

ولو استأجر عبد صاحبه أو دابة صاحبه أو دابة عبد صاحبه ليحمل ، أو استأجر العبد ليحفظ الطعام وهو استأجر العبد والدابة كله أو نصفه فإن ذلك لا يجوز . فإن حمل على الدابة فلا أجر له . ثم قال الكرخي قال محمد رحمه الله : وكل شيء استأجر من صاحبه ، مما يكون عملاً فإنه لا يجوز ، وإن عمله فلا أجر له ، وكل شيء ليس يكون عملاً استأجر أحدهما من صاحبه فهو جائز .

م: (**وقال الشافعي – رحمه الله – : له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائع جائز**) ش: وبه قال أحمد م: (**فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركًا ليخيط له الثياب**) ش: حيث يجب الأجر .

م: (**ولنا أنه استأجره**) ش: أي أن أحد الشريكين استأجر الآخر م: (**لعمل لا وجود له**) ش: فصار كإجارة ما لا منفعة له .

قيل : هذا ممنوع بل لعمله وجود ، وإلا يلزم أن الحصة التي لشريكه لا وجود لها لكونها شائعة ، ولو كان ذلك صحيحًا لكانت حصته أيضًا لا وجود لها لكونها شائعة ، وهذا من نوع السفسطة وإن كان الحقائق ، وفيه نظر ، لأن معنى قوله وجود له لا يتميز وجوده ، ومنكر هذا منكر الحقائق م: (**لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع**) ش: إذ الحمل يقع على معين ، والشائع ليس بمعين وهذا ضرب النصب الشائع في العبد المشترك لا يتصور.

وكذا وطء الجارية المشتركة لا يتصور . وكذا وطء الجارية المشتركة في النصيب الشائع لعدم تصور الفعل الحسي في الشائع .

بخلاف البيع ، لأنه تصرف حكمي ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر . ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم ، بخلاف الدار المشتركة ، لأن المعقود عليه هنالك المنافع ، ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام . وبخلاف العبد، لأن المعقود عليه إنما هو

فإن قلنا : إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة ، فيجب الأجر .

قلت : حمل الكل حمل المعين ونصيبه ليس بمعين فيما وجد نصيبه .

م: (**بخلاف البيع**) ش: جواب عن قياس الشافعي -رضي الله عنه- على البيع ، فأجاب بأن البيع ليس كذلك م: (**لأنه تصرف حكمي**) ش: أي شرعي ، والتصرف في الشائع شرعًا كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه م: (**وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر**) ش: لأن الأجر يترتب على ذلك .

م: (**ولأن ما من جزء يحمله**) ش: دليل آخر على المطلوب وجهه أن حامل الشئ ما يحمل من جزئه م: (**إلا وهو شريك فيه**) ش: وكل من حمل شيئًا كان شريكًا فيه م: (**فيكون عاملاً لنفسه**) ش: ومن كان عاملاً لنفسه م: (**فلا يتحقق التسليم**) ش: منه فلا يستحق أجرًا على غيره .

فإن قيل : لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط ، أو عامل لنفسه ولغيره فالأول ممنوع فإنه شريك والثاني حق ، لكنَ عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره .

أجيب : أنه عامل لنفسه فقط ، لأن عمله لنفسه فقط أصل وموافق للقياس ، وعمله لغيره ليس بأصل بل يتأتى على أمر مخالف للقياس للحاجة ، وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر ، فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر .

فإن قيل : المحمول مشترك فينبغي أن يكون الحمل كذلك .

أجيب : بأن وقوع الحمل مشتركًا محال ، لأنه عوض يتجزأ .

م: (**بخلاف الدار المشتركة**) ش: جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة فقال : م: (**لأن المعقود عليه هنالك المنافع**) ش: أي منافع الدار والبدل بمقابلتها ولا شركة له في ذلك . م: (**ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام**) ش: فإنه إذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الأجر بخلاف الحمل ، فإن المعقود عليه هو العمل ، وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر .

م: (**وبخلاف العبد**) ش: جواب عن قياس على استئجار العبد المشترك ، ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه ، وهو معنى قوله م: (**لأن المعقود عليه إنما هو**

ملك نصيب صاحبه ، وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع . ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة ، لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها . وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوماً . فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى ، وهذا استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر -رحمه الله- ، لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً .

ملك نصيب صاحبه) ش: وفي بعض النسخ ملك صاحبه .

م: **(وأنه)** ش: أي ملك نصيب صاحبه م: **(أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع)** ش: كما في البيع ، بخلاف الحمل ، لأنه فعل حسي .

م: **(ومن استأجر أرضًا ولم يذكر أنه يزرعها)** ش: أي استأجرها للزراعة ولم يبين م: **(أو أي شيء يزرعها)** ش: من أنواع الحبوب م: **(فالإجارة فاسدة)** ش: بجهالة المعقود عليه وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في الصورتين ، وكان له أن يفعل في الأول ما يشبهه من البناء والغرس ، والزرع ، فإن أشبه الجميع وكان بعضه بالأرض من بعض لم يصح العقد .

وفي الثاني وهو أن يذكر الزرع صح العقد ولا يزرع إلا ما يشبهه ، ذكره في الجواهر . أما لو استأجرها ليزرع فيها ما شاء أو يغرس ما شاء يجوز بالإجماع . ولو قال لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت صح أيضًا وهو المنصوص عن الشافعي -رحمه الله- وخالفه أكثر صحبه .

وقالوا : لا يجوز لأنه لا يدرك كم يزرع وكم يغرس . وقال بعضهم يصح ويغرس نصفها ويزرع نصفها م: **(لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها)** ش: نحو البناء والغرس وحفظ الأمتعة ونحوها . م: **(وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه)** ش: أي مما يزرع م: **(ما يضر بالأرض وما لا يضر بها غيره)** ش: كالذرة والدرزقان ضررهما بالأرض أكثر من ضرر الحنطة والشعير ، ومنه ما لا يضر كالقطن والبطيخ م: **(فلم يكن المعقود عليه معلومًا)** ش: فيفسد العقد للجهالة .

م: **(فإن زرعها)** ش: أي الأرض نوعًا من أنواع الزراعة في المسألة المذكورة م: **(ومضى الأجل)** ش: المضروب فيها م: **(فله المسمى)** ش: أي فللمولى ما سمي عند العقد م: **(وهذا)** ش: أي وجوب المسمى لانقلاب العقد صحيحًا .

م: **(استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر -رحمه الله-)** ش: والشافعي وأحمد م: **(لأنه)** ش: أي العقد م: **(وقع فاسداً فلا ينقلب جائزًا)** ش: فيجب أجر المثل . م: **(وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت)** ش: بوقوع ما وقع فيها من الزرع م: **(قبل تمام العقد)** ش: ينقض القاضي م: **(فينقلب جائزًا)** ش: لأن الإجارة عقد يعقد للاستقبال ، فإذا شهد المزروع في بعض المدة وعرف أنه ضاراً وليس بضار فقد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع في ذلك الوقت .

وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً ، كما إذا ارتفعت في حالة العقد ، وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة . ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة . فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى .

م: (**كما إذا ارتفعت في حالة العقد**) ش: لأن كل جزء منه بمنزلة ابتدائه . ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا هنا م: (**وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه**) ش: بأن باع إلى الحصاد والدياس فأسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدياس م: (**والخيار الزائد في المدة**) ش: بأن شرط الخيار أربعة أيام مثلاً ثم أسقط اليوم الرابع قبل هذا رد المختلف على المختلف ، فإن زفر –رحمه الله– لم يقل بالانقلاب إلى الجواز لا هنا ولا هناك .

أجيب : بأنه لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق مبادئ فيكون مثل الإيضاح لما وقع الكلام فيه من المقيس فيه ، وإن كان هو مختلفًا في نفسه .

وقيل : هذا تكرار ، لأنه ذكر في الأول باب ما يجوز من الإجارة ، ويجوز استئجار الأراضي للزرعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها .

أجيب : بأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة ، وهي قوله : وإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى وفيه نظر ، لأن اختلاف الوضعين لا ينبغي التكرار في حكم واحد ، وكان ينبغي ذكر الفائدة الزائدة هناك .

م: (**ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق**) ش: أي الحمار أي هلك م: (**في بعض الطريق فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر**) ش: لأنه قبضها بإذن المالك م: (**وإن كانت الإجارة فاسدة**) ش: حرف إن واصلة بما قبله .

لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح ، ولا يعلم خلاف أن هذه الإجارة فاسدة، والفاسدة في حكم الصحيحة في أن العين المستأجرة أمانة فلا يضمن بلا تعد ، وإنما قيد بقوله حمل ما يحمله الناس ، وأراد به الحمل المعتاد ، لأنه إذا حمل غير المعتاد فهلك الحمار يجب أن يضمن ، وإنما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة ، لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد ولم يتعد المعتاد .

م: (**فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحسانًا على ما ذكرنا في المسألة الأولى**) ش: وهو قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من

وإن اختصما قبل أن يحمل عليه . وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً للفساد إذ الفساد قائم بعد .

الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع ، فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى . وفي القياس يجب أجر المثل وهو قول زفر والشافعي وأحمد -رحمهم الله - .

م: (**وإن اختصما قبل أن يحمل عليه**) ش: أي على الحمار م: (**وفي المسألة الأولى قبل أن يزرع**) ش: أي واختصما في المسألة الأولى وهي ما إذا استأجر أرضًا ولم يذكر أنه يزرعها . . . إلى آخره .

م: (**نقضت الإجارة دفعًا للفساد ، إذ الفساد قائم بعد**) ش: أي فساد العقد باق وثابت بعد الإجارة قبل الحمل على الحمار وقبل الزراعة في الأرض قال دفعًا للفساد بالدال . ولو قال رفعًا للفساد بالراء كان أولى ، لأن الفساد قائم يحتاج إلى الرفع ، والدفع لا يكون إلا في غير القائم فافهم .

***

باب ضمان الأجير

قال : الأجراء على ضربين ، أجير مشترك وأجير خاص ، فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ، لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره ،كان له أن يعمل للعامة ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى أجيراً مشتركاً .

م: (**باب ضمان الأجير**)

ش: الأجير على وزن فعيل لكن بمعنى فاعل ، أي آجر . قال الأترازي : فعيل بمعنى مفاعل من باب أجر ، واسم الفاعل منه مؤجر .

قلت : هذا غلط ، لأن فعيلاً بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثاني ، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجره يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**الأجراء على ضربين**) ش: الأجراء على وزن فعلاء جمع أجير، قيل : هذا انقسام الشيء إلى نفسه وهو باطل .

أجيب : بأن الانقسام إذا دخل على الجمع ولا معهود يبطل معنى الجمع ، فيكون الجنس فيصح الانقسام م: (**أجير مشترك**) ش: وسؤال عن وجه تقديمه على الخاص دوري م: (**وأجير خاص**) ش: أي والثاني أجير خاص م: (**فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار**) ش: قيل: هذا التعريف دوري ، لأنه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المعروف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور .

أجيب : بأنه قد علم مما سبق في باب الأجرة متى تستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة معرف. وقال الكاكي : هذا تعريفه بالأجلى الأشهر .

قلت : بل هو تعريف بالمساوي على ما لا يخفى . قيل : قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد ، والتعريف بالمفرد لا يصح عند أكثر المحققين .

أجيب : بأن قوله كالقصار ، الصباغ منضم إليه فصار تعريفًا بالمثال وهوصحيح . قيل : فيه نظر ، لأن قوله : لأن المعقود عليه ينافي ذلك ، لأن التعليل على التعريف غير صحيح .

قلنا : هنا من التعريفات اللفظية فلا يحتاج إلى هذه التكلفات .

م: (**لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل**) ش: هو القصارة م: (**أو اثره**) ش: أي أو أثره ، أي أثر العمل كالصبغ م: (**كان له أن يعمل للعامة ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا الوجه**) ش: أي من حيث أن منافعه لم تصر مستحقة لواحد م: (**يسمى أجيراً مشتركًا**) ش: بين الناس غير مخصوص لواحد بعينه .

قال : والمتاع أمانة في يده ، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة - رحمه الله - وهو قول زفر -رحمه الله- ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر . لهما ما روي عن عمر وعلي -رضي الله عنهما - أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ، ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به ،

م: (**قال : والمتاع أمانة في يده ، فإن هلك لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وهو قول زفر - رحمه الله -**) ش: والحسن بن زياد والشافعي في قول ، وأحمد في رواية وإسحاق والمزني .

وروي عن علي - رضي الله عنه - م: (**ويضمنه عندهما**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله- في قول ، وأحمد -رحمه الله- في رواية ، ومالك وابن أبي ليلى وعطاء وطاووس ومجاهد -رحمه الله- م: (**إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر**) ش: لأن الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير .

م: (**لهما ما روي عن عمر وعلي -رضي الله عنهما- أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك**) ش: روى البيهقي من طريق الشافعي أخبرنا إبراهيم بن يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي-رضي الله عنه - « أنه كان يضمن الصباغ والصائغ وقال : لا يصلح للناس إلا ذلك » .

وروي عن خلاس عن علي -رضي الله عنه - أنه كان يضمن الأجير . قال البيهقي : الأول فيه انقطاع يعني بين أبي جعفر وعلي -رضي الله عنه .

والثاني يضعفه أهل الحديث ويقولون أحاديث خلاس عن علي من كتاب . واستدل ابن الجوزي في« التحقيق» على أنه لا ضمان على الأجير المشترك بما رواه الدارقطني حدثنا الحسين ابن إسماعيل ثنا عبد الله بن شبيب حدثني إسحاق بن محمد ثنا يزيد بن عبد الملك عن محمد بن عبد الرحمن الحجبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « **لا ضمان على مؤتمن** »[1] . وقال صاحب التنقيح : هذا إسناد لا يعتمد عليه ويزيد بن عبد الملك ضعفه أحمد وغيره . وقال النسائي : متروك الحديث وعبد الله بن شبيب ضعفوه .

م: (**ولأن الحفظ مستحق عليه**) ش: أي واجب م: (**إذ لا يمكنه العمل إلا به**) ش: أي بالحفظ م:

---

(١) رواه الدارقطني (٢/ ٣٠٦) قال : حدثنا الحسين بن إسماعيل ثنا عبد الله بن شبيب حدثني إسحاق بن محمد ثنا يزيد بن عبد الملك عن محمد بن عبد الرحمن الحجبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، مرفوعًا .
وإسناده ضعيف ، لضعف يزيد بن عبد الملك ، قال فيه أحمد: ضعيف، وقال النسائي : متروك، وكذلك عبد الله بن شبيب فإنه متكلم فيه .

فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كـالغصب والسرقة كان التقصير من جهتـه فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجـر ، بخلاف ما لا يمكن الاحـتراز عنه كالموت حتف أنـفه والحريق الغالب وغـيره ، لأنه لا تقصير من جهته ، ولأبي حنيـفة- رحمه الله - أن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه ، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه . ولو كـان مضموناً يضمنه كما في المغـصوب ، والحفظ مـستـحق عليه تـبعاً لا مـقصـوداً ، ولهذا لا يقـابله الأجر ، بخـلاف المودع بالأجر، لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً حتى يقابله الأجر .

(فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغـصب والسرقة كان التقـصير من جهـته فيضمنـه كالوديعة إذا كانت بأجر) ش: لأنه صار بالتقـصير تاركًا ذلك الحفظ المستحق فيضمن ، فـصار مثل الدق ، فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التحرق ، فإذا انحرق كان ضامنًا م: **(بخلاف مـا لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفـه والحريق الغالب وغيره)** ش: مثل بسيل الغالب والفار على بلد هو فيه م: **(لأنه لا تقصير من جهته)** ش: فلم يكن متعديًا فلا يضمن .

م: **(ولأبي حنيـفة -رحـمه الله - أن العين أمـانة في يده ، لأن القبض حـصل بإذنه)** ش: لإقامة العمل فيه فلا يكون مضمونًا عليه كالمودع وأجير الواحد م: **(ولهذا)** ش: توضيح لما قبله م: **(لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ، ولو كان مضمونًا)** ش: يعني ولو كان المتاع مضمونًا في يده م: **(يضمنه كما في المغصوب)** ش: أي كما يضمن في المغصوب في الحالين م: **(والحفظ مستحق عليه تبعًا)** ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال : الاعتبار غير صحيح ؛ لأن ما نحن فيه الحفظ مستحق عليه تبعًا م: **(لا مقصودًا)** ش: أي غير معقود عليه ، لكنه وسيلة إليه وذلك ، لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيرًا مشتركًا ، والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لإقامة العمل ، فكان تبعًا فلم يكن مقصودًا م: **(ولهذا)** ش: أي ولكون الحفظ مستحقًا عليه تبعًا لا مقصودًا م: **(لا يقابله الأجر)** ش: أي لا يقابل الحفظ الأجر .

م: **(بخـلاف المودع بالأجـر ، لأن الحفـظ مسـتـحق عليـه مـقصـودًا)** ش: لأن المقـصـود بالذات هوالحفظ م: **(حـتى يقـابله الأجـر)** ش: أي حتى يقابل الحفظ فـيها مقـصودًا ، بخلاف الأجير المشترك ، فإن المقصود فيه العمل ، فلا يكون عقد معاوضة فلا يقتضي السلامة .

قيل : هذه المسألة مختلفة بين الصحابة - رضي الله عنهم - فلهذا اختـار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف ، لأن فيه عملا بأقوال الصحابة وفيه نظر ، لأن هذا قـول خارج عن أقوال الصحابة وترك للعمل بأقوالهم أن الصحابة اختلفـوا على القولين لا غير إما الضمـان أو عدم الضمان .

وفي « الخلاصـة » : بعض العلمـاء أفتـوا بقـولهـمـا ، وأئمـة سـمـرقند أفتـوا بالصلح على

النصف. وكان الإمام المرغيناني يفتي بقول أبي حنيفة -رحمه الله-فقيل له من قال بالصلح هل يجبر لو امتنع ؟ ، قال : لا . وقال كنت أفتي زمانًا بالصلح فرجعت لهذا ، القاضي الإمام قاضي خان يفتي بقول أبي حنيفة - رحمه الله .

وقال تاج الشريعة : ذكر الفقيه أبو الليث أن الفتوى على قول أبي حنيفة -رحمه الله- ثم عندهما إن شاء المالك ضمنه المقصور وأعطى الأجرة غير مقصورة ولا أجر له .

م: (**قال : وما أتلف بعمله**) ش: أي بعمل الأجير المشترك م: (**كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل ، وغرق السفينة من مده**) ش: من مد الملاح السفينة ، فالمصدر مضاف إلى مفعوله ، والفاعل مطوي ذكره ، والغرق بفتح الراء مصدر غرق في الماء إذا غار .

م: (**مضمون عليه**) ش: أي على الأجير المشترك ، ورفع مضمون على أنه خبر المبتدأ وهو قوله وما به . قال مالك وأحمد والشافعي -رحمهم الله- في قول : وروي ذلك عن عمر وعبيد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم .

وقال الكرخي في « مختصره » : وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى أنه مضمون بالعمل الذي يأخذ عليه الأجر فيضمن القصار ما تحرق في دقه أو من عده أو من غمزه أو من بسطه .

وكذلك الصباغ في ذلك كله . ويضمن أيضًا في طبخ الثوب إذا كان مما يطبخ ، وكذلك الملاح يضمن ما كان في مدة أو خدمة أو ما يعالج به السفينة للمسيرة . وكذلك الحمال إذا أسقط ما حمله من رأسه أو يده أو عثر فسقط ما معه فإنه يضمن ذلك كله ، وكذلك المكاري إذا كان من سوقه أو من قوده وانقطع الحبل الذي شده على المتاع وفسد كل هؤلاء يضمنون ما يفسد به المتاع من فساد يلحقه منه عند حمله سفينة أو بسوقه لدابة عليها المتاع أو قوده .

وقال حماد بن أبي سليمان وزفر والحسن بن زياد : هو مؤتمن في ذلك لم يضمن إلا إن تعدى .

وفي « التحفة » وإن تخرق بدق أجير القصار لا ضمان عليه ، ولكن يجب الضمان على الإسناد . وفي « شرح الكافي » : ولو وطئ الأجير على ثوب القصار مما لا يوطأ فخرقه كان ضمانه عليه .

وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : لا ضمان عليه ، لأنه أمره بالفعل مطلقاً فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الواحد ومعين القصار. ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح ، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة . حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه . بخلاف المعين ، لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح ، لأنه يمتنع عن التبرع ، وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده . وبخلاف الأجير الواحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى ، وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه.

م: (**وقال زفر والشافعي -رحمهما الله - : لا ضمان عليه**) ش: قال الربيع هذا مذهب الشافعي- رحمه الله- وروي ذلك عن عطاء وطاووس م: (**لأنه أمره**) ش: أي لأن صاحب المتاع من الأجير المشترك م: (**بالفعل مطلقًا**) ش: بأن استأجره ليدق الثوب ولم يرد على ذلك ما يدل على السلامة .

م: (**فينتظمه بنوعيه**) ش: أي فينتظم المطلق بنوعي الفعل م: (**المعيب والسليم**) ش: بالجر فيهما على أنه عطف بيان أو بدل ، ويجوز الرفع فيهما على تقدير أحدهما المعيب والآخر السليم م: (**وصار كأجير الواحد ومعين القصار**) ش: حيث لا ضمان عليهما .

م: (**ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح**) ش: وفي بعض النسخ الصالح م: (**لأنه هو الوسيلة إلى الأثر**) ش: الحاصل في العين من فعله م: (**وهو المعقود عليه حقيقة**) ش: لكونه هو المقصود م: (**حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر**) ش: وإذا كان كذلك كان الأمر مقيداً بالسلامة م: (**فلم يكن المفسد**) ش: من العمل م: (**مأذونًا فيه**) ش: كما لو وصف نوعًا من الدق فجاءه بنوع آخر .

م: (**بخلاف المعين**) ش: أي معين القصار م: (**لأنه متبرع فلا يمكن تقييده**) ش: أي تقييد عمله م: (**بالمصلح ، لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده**) ش: أي بالمصلح قبل الملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له .

ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم م: (**وبخلاف الأجير الواحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى**) ش: أي أجير المستأجر الواحد ، وسيأتي في آخر الباب .

م: (**وانقطاع الحبل**) ش: جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الأجير ، فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله ، فأجاب بقوله : م: (**من قلة اهتمامه فكان من صنيعه**) ش: أراد أنه إنما انقطع من قلة افتقاده كل ساعة ، لأنه ربما ينحل انبرامه أو يبلى من كثرة الاستعمال ولا

قال : إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده ، لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ، ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة . قال : وإذا استأجر من يحمل له دناً من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه أما الضمان فلما قلنا ،

يهون عليه تجديده وتبديله بأقوى منه م: (**قال : إلا أنه**) ش: استثناء من قوله مضمون، أي إلا أن الأجير المشترك م: (**لا يضمن به**) ش: أي بفعله م: (**بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده**) ش: .

قيل : إذا كان يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع ، والصحيح أنه لا فرق .

وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف -رحمه الله- في الوضيع ، وكذا ذكره التمرتاشي . وفي « الاختيار» : ولو غرقت في موج أو ريح أو صدم جبل أو زوحم الجمال فلا ضمان عليهم، لأنهم لا فعل لهم في ذلك م: (**لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه**) ش: أي ضمان الآدمي م: (**لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ، ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة**) ش: لأنهم لا يتحلمون إلا ضمان الجنايات .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإذا استأجر من يحمل له دنًا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه قيمته**) ش: أي قيمة الدن م: (**في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه**) ش: قال السفناقي إنما وضع المسألة في الفرات ، لأن الدنان الجديدة كانت تباع هنالك ، قيد بقوله في بعض الطريق ، لأنه لو انكسر بعدما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الأجر . وكذا نقل الإمام صاعد النيسابوري ، كذا في « المبسوط » .

وقوله: فانكسر ليس بقيد، فإنه لو كسره عمداً فالحكم كذلك عندنا . وعند زفر والشافعي- رحمهما الله - إن انكسر لا ضمان عليه لما قلنا .

وإن كسره يضمن قيمته في المكان الذي كسره ويعطيه أجر ما حمل . في شرح الطحاوي فلو زحمه الناس حتى انكسر فإنه لا يضمن بالإجماع ، لأن ذلك بمنزلة الخرق الغالب والغرق الغالب ، ولو أنه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فإنه يضمن بالإجماع .

م: (**أما الضمان فلما قلنا**) ش: أنه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه فيضمن ، وفي «شرح الطحاوي » والراعي بمنزلة الأجير المشترك إذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه إياها بخلاف العادة فإنه يضمن ، لأنه من جناية يده . وإذا ساق الدواب على السرعة ، فإذا

والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه . وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديًا من الابتداء من هذا الوجه . وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن من الابتداء تعديًا ؛ وإنما صار تعديًا عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء . وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى . وفي الوجه الأول لا أجر له ، لأنه ما استوفى عمله أصلاً .

زحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضًا فسقطت إلى الماء وعطبت فإنه يضمن ، لأنه من جناية يده . ولو أن رجلاً قال : استأجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا أجير الواحد .

وفي « الفتاوى الصغرى » : الراعي إذا كان مشتركًا لايجب عليه رعي الأولاد التي تحدث فإن شرط عليه في أصل العقد يجب عليه رعي الأولاد م: (**والسقوط بالعثار**) ش: أي سقوط الحامل يحصل بالعثار م: (**أو بانقطاع الحبل ، وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد**) ش: أي والحال أن الحمل شيء واحد حكمًا إذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولاً إلى موضع بعينه م: (**تبين أنه وقع تعديًا من الابتداء**) ش: أي من ابتداء العقد م: (**من هذا الوجه**) ش: يتعلق بقوله وقع تعديًا ، وأراد به الوجه الذي ذكره وهو أن الحمل شيء واحد فيكون انكساره في الطريق كانكساره ابتداء .

م: (**وله وجه آخر**) ش: أي لوجوب الضمان وجه آخر م: (**وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن من الابتداء تعديًا**) ش: لأن ابتداءه به في الحقيقة سليم م: (**وإنما صار تعديًا عند الكسر**) ش: أراد أنه كان في الابتداء غير متعد ، فلما كسره ظهر أنه متعد ، ولكن ما كان ظهوره إلا عند الكسر ، فإذا كان جهة الضمان دائر بين الأمرين م: (**فيميل إلى أي الوجهين شاء**) .

م: (**وفي الوجه الثاني**) ش: وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي انكسر م: (**له الأجر بقدر ما استوفى ، وفي الوجه الأول**) ش: وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي حمله م: (**لا أجر له ، لأنه ما استوفى عمله أصلاً**) ش: فالوجه الأول وجه حكمي .

فلهذا قلنا : إنه ليس يجمع بين الأجر و الضمان ، لأنهما لا يجتمعان عنده إذا كانا في حالة واحدة ، وقد اختلفت الحالة هنا ، لأنه في الوجه الثاني جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى أن كسر والأجر يجب في حالة الأمانة ، وإنما صار مضمونًا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى .

فإن قلت : كان ينبغي أن لا يخير عند أبي حنيفة - رحمه الله - لكن يضمن قيمته في المكان الذي انكسر ، لأن المال أمانة عند الأجير المشترك عنده ، وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه .

قال : وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي « الجامع الصغير » بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت ، أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه ، وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان . ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية ، لأنه يبتنى على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل .

قلت : هذا ليس كذلك على الإطلاق ، ولكن القبض يقع على وصف التوقف عنده ، فإن ظهر بصنعه ظهر أنه كان مضمونًا عليه ، فجاز أن يكون له الخيار .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ**) ش: فصد من باب ضرب يستعمل في الآدمي ، وبزغ من باب فتح يستعمل في الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة إذا شقها بالمبزاغ وهو مثل مشرط الحجام ، ومادته باء موحدة وزاي وغين معجمتان م: (**ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك**) ش: أي فيما هلك ، ولا يعلم فيه خلاف .

قيد بقوله ولم يتجاوز الموضع المعتاد ، لأنه إذا تجاوز الموضع المعتاد يضمن . وقال صاحب «الاختيار » : ولا ضمان على الفصاد والبزاغ ، إلا أن يتجاوز الموضع المعتاد، لأنه إذا فعل المعتاد لا يمكنه الاحتراز عن السراية ، لأنه ينبي على قوة المزاج وضعفه ، وذلك غير معلوم فلا يتقيد فيه .

بخلاف دق الثوب ، لأن رقته وثخانته تعرف لأهل الخبرة فيتقيد بالصلاح . وفي «الفتاوى الصغرى » و« التتمة » : إذا شرط على الحجام والبزاغ العمل على وجه لا يسري لا يصح هذا الشرط ، لأنه ليس في وسعه ذلك . ولو شرط على القصار العمل على وجه لا ينخرق صح ، لأنه وسعه ذلك .

م: (**وفي « الجامع الصغير » بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت**) ش: أي هلكت م: (**أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه**) ش: إنما أعاد المسألة المذكورة بينهما على مزيد فائدة المار إليها بقوله م: (**وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان**) ش: أراد بهما عبارة القدوري - رحمه الله- وعبارة «الجامع الصغير » .

وأراد بنوع بيان من القدوري أنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ، ويفيد أنه إن تجاوز ضمن ، وبنوع بيان من« الجامع الصغير» أنه بين الأجرة ، وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ، ويفيد أنه إذا لم يكن بأمره يضمن .

م: (**ووجهه**) ش: أي وجه عدم الضمان م: (**أنه لا يمكنه التحرز عن السراية ، لأنه يبتنى على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل**) ش: لئلا يتقاعد الناس عنه

ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه ، لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد ، فأمكن القول بالتقييد . قال : والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ، كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم ، وإنما سمى أجيراً واحداً ، لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره ،

مع مساس الحاجة م: (**ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه**) ش: أشار به إلى قوله ، لأن الاحتراز عن التحريق بالدق ممكن ليمكن التقييد بالمصلح م: (**لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد**) ش: بالمصلح .

وفي بعض النسخ ودقته بالدال ، وكلاهما بمعنى واحد ، ثم إذا تجاوز المعتاد يضمن ، ولم يبين قدر ذلك الضمان على تقدير الحياة أو الموت كم هو ؟ قيل : ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان لو ختن فقطع الحشفة ينظر إن برئ فعليه كمال دية النفس وإن مات فعليه نصف الدية .

وهذا من العجب إذ هو مخالف لجميع مسائل الديات ، فإنه كلما زاد أثر جنايته انتقص ضمانه وينبغي أن يزداد ضمانه ، كما في قطع اليد وقتله خطأ ، وقد ذكر السرخسي في «مبسوطه» فقال محمد : في «النوادر» : أنه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس ، فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان .

ولو مات حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلد والآخر غير مضمون وهو قطع الحشفة فعليه نصف بدل النفس لذلك .

فإن قيل : التنصيف بالبدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى ، لأن قطع الحشفة أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لا محالة ، فكان كقطع اليد مع حر الرقبة .

أجيب : بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافًا وأن لا يقع ، والتفاوت غير مضبوط فكان هذا بخلاف الحر ، فإنه لا يحتمل أن لا يقع إتلافًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل**) ش: ما كان يرد على الأجير المشترك يرد هنا ، فالجواب هو الجواب ، ثم إنه إنما يستحق الأجرة بتسليم نفسه بدون العمل إذا تمكن من العمل .

حتى لو سلم نفسه ولم يتمكن من العمل لعذر منعه لم يجب الأجر ، فإنه ذكر في «الذخيرة» لو استأجره لاتخاذ الطين أو غيره في الصحراء فمطر ذلك اليوم بعدما خرج الأجير إلى الصحراء لا أجر له ، وبه كان يفتي المرغيناني .

م: (**كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم**) ش: أي لو استأجر شهراً لرعي الغنم ، هذا هو الأجير الخاص، لأنه مخصوص بواحد م: (**وإنما سمى أجيراً واحداً ، لأنه لا يمكنه أن يعمل**

لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له ، والأجر مقابل بالمنافع ، ولهذا يبقى الأجر مستحقًا وإن نقض العمل . قال: ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله . أما الأول فلأن العين أمانة في يده ،لأنه قبض بإذنه وهذا ظاهر عنده ، وكذا عندهما ، لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس ، ولأجير الواحد لا يتقبل الأعمال

لغيره) ش: أي لغير المستأجر . وقوله أجير مضاف إلى لفظة وحد ، والوحد بفتح الواو وسكون الحاد بمعنى الواحد وهو صفة موصوفها محذوف تقديره أجير مستأجر واحد ، ويجوز تحريك الحاء أيضًا م: **(لأن منافعه في المدة)** ش: أي منافع الأجير الخاص في المدة المضروبة للعمل م: **(صارت مستحقة له)** ش: أي للمستأجر م: **(والأجر مقابل بالمنافع ، ولهذا)** ش: أي ولأجل أن الأجر مقابل بالمنافع ، والمنافع مستحقة له م: **(يبقى الأجر مستحقًا ، وإن نُقِضَ العمل)** ش: على بناء المجهول في نقض ، بخلاف الأجير المشترك ، فإنه روي عن محمد لو فتق الخياط أو غيره الثوب بعدما عمل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط ، لأنه لم يسلم العمل لرب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل ،لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما ، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وإن كان الخياط وهو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل ، ولو كان أجيرًا خاصًا فينقضه استحق الأجر والإسكاف كالخياط .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده)** ش: بأن سرق منه أو غاب أو غصب م: **(ولا ما تلف من عمله)** ش: بأن انكسر القدوم في عمله أو تخرق الثوب من دقه أو انفسد الطبخ أو احترق الخبز ونحو ذلك ، وبه قالت الثلاثة . وعن بعض أصحاب الشافعي - رحمه الله - فيه قولان : في قول : يضمن كالأجير المشترك وهو المنصوص عليه ، ذكره في « الحلية » . ومنهم من قال : لا يضمن قولاً واحدًا ، هذا كله إذا لم يتعمد الفساد ، فإن تعمد ذلك ضمن كالمودع بلا خلاف .

م: **(أما الأول)** ش: وهو ما إذا تلف في يده م: **(فلأن العين أمانة في يده ، لأنه قبض بإذنه)** ش: أي بإذن المستأجر م: **(وهذا ظاهر عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: **(وكذا عندهما،لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس)** ش: فإنه يقبل أعيانًا كثيرة رغبة في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه م: **(ولأجير الواحد)** ش: بإضافة الأجير إلى الواحد ، ولا يمتنع في هذه الإضافة دخول اللام في المضاف ، لأن الإضافة لفظية . وفي بعض النسخ وأجير الواحد بدون اللام في الأجير .

وهذا أشهر وأصوب وهو مبتدأ وخبره قوله م: **(لا يتقبل الأعمال)** ش: بل يسلم نفسه م:

فتكون السلامة غالبًا فيؤخذ فيه بالقياس . وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبًا منابه ، فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه ، فلهذا لا يضمنه والله أعلم

(**فتكون السلامة غالبًا فيؤخذ فيه بالقياس**) ش: وهو عدم الضمان .

م: (**وأما الثاني**) ش: وهو ما إذا تلف بعمله م: (**فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر**) ش: بتسليم النفس ، ولهذا يستحق الأجر بتسليم نفسه بدون العمل م: (**فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير**) ش: أي الأجير م: (**نائبًا منابه ، فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه ، فلهذا لا يضمنه والله أعلم**) ش: كما في الإكراه الملجئ .

***

باب الإجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط : إن خطت هذا الثوب فارسيًا فبدرهم ، وإن خطته روميًا فبدرهمين جاز، وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به ، وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم ، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين . وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة ، وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا ،

م: (**باب الإجارة على أحد الشرطين**)

ش: لما بين الإجارة على شرط إذا كان مفسداً شرع في بيان الشرطين ، والاثنان بعد الواحد.

م: (**وإذا قال للخياط : إن خطت هذا الثوب فارسيًا**) ش: أي خياطًا فارسيًا بمعنى خياطة فارسية أي منسوبة إلى صنعة فارس وهي التي تكون فيها الخياطة غرزة غرزة . وقوله: م: (**فبدرهم**) ش: جواب الشرط والتقدير فأجرتك بدرهم م: (**وإن خطته روميًا**) ش: أي خياطًا روميًا يعني خياطة رومية أي منسوبة إلى صنعة الروم وهي التي تكون الخياطة فيها غرزتين ، وكذلك قوله م: (**فبدرهمين**) ش: جواب الشرط بالتقدير الذي ذكرناه ، وقوله م: (**جاز**) ش: جواب إذا ، أي جاز هذا الشرط المتنوع م: (**وأي عمل من هذين العملين**) ش: أي الخياطة الفارسية والخياطة الرومية م: (**عمل**) ش: أي الخياط م: (**استحق الأجر به**) ش: أي الأجر المسمى بالعمل ، وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية .

وقال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - في رواية ، وإسحاق وأبو ثور والثوري : لا يصح العقد وهو القياس ، وبه قال زفر - رحمه الله - وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - أولاً ثم رجع عنه . وجه القياس أنه عقد معاوضة ولم ينعقد فيه العوض والمعوض ، فلم يصح وله أجر المثل إذا عمل . وجه الاستحسان أن الأجر يجب بالعمل وعند العمل ما يلزمه عن البدل معلوم فلا تبقى الجهالة في المعقود عليه ولا في بدله .

م: (**وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر**) ش: وهو زهر القرطم م: (**فبدرهم**) ش: أي فأجرتك تكون بدرهم م: (**وإن صبغته بزعفران فبدرهمين**) ش: بفتح الزاي والفاء جميعًا م: (**وكذا إذا خيره**) ش: أي وكذا يصح إذا خير الأجير المستأجر م: (**بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة**) ش: فأي دار سكنها يلزمه ما عينه من الأجرة م: (**وكذا إذا خيره**) ش: أي وكذا يجوز إذا خير المؤجر المستأجر م: (**بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا**) ش: يلزمه عشرة ، وإن سافر إلى واسط يلزمه خمسة .

وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء ، وإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع ، والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك ، لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلومًا وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار .

م: (**وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء**) ش: أي في الصور المذكورة بأن قال إن خطته فارسيًا فلك درهم ، وإن خطته روميًا فلك درهمان ، وإن خطته تركيًا أو نحو ذلك فلك ثلاثة دراهم ، فأي الأعمال عمل استحق الأجر المسمى .

وكذلك إذا قال إن صبغته بعصفر فلك درهم ، وإن صبغته بزعفران فلك درهمان ، وإن صبغته بورس ونحوه فلك ثلاثة دراهم .

وكذا لو قال : إن سكنت هذه الدار كل شهر فعليك خمسة ، وإن سكنت هذه فعليك عشرة ، وإن سكنت هذا فخمسة عشر .

وكذا إذا قال : أجرتك هذه الدابة إلى بغداد بعشرة أو إلى واسط بخمسة عشر أو إلى الكوفة بعشرين .

م: (**وإن خيره بين أربعة لم يجز**) ش: أي وإن خير بين أربعة أنواع من الفعل لم يجز بأن قال : إن خطته فارسيًا فلك درهم ، وإن خطته روميًا فلك درهمان ، وإن خطته تركيًا فثلاثة ، وإن خطته هنديًا فأربعة وقس الباقي على هذا ، وكذلك الزراعة جاز إلى الثلاثة ، كما إذا قال للمزارع : إن زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج ، وإن زرعتها بكراب فلك ثلاثة، وإن زرعتها بكرابين فلك نصفه وإلى ذلك عمل فله شرط .

م: (**والمعتبر في جميع ذلك البيع**) ش: فإذا باع أحد الثوبين أو أحد الأثواب الثلاثة جاز ، وإذا باع أحد الأثواب الأربعة لم يجز فكذا في الإجارة م: (**والجامع**) ش: في وجه إلحاق الإجارة بالبيع في هذه الصور م: (**دفع الحاجة**) ش: أي حاجة الناس وضروراتهم . ثم أشار إلى بيان الفرق بينهما من وجه بقوله م: (**غير أنه**) ش: أي أن الشأن م: (**لا بد من اشتراط الخيار في البيع**) ش: فإنه إذا خيره بين ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء يكون للمشتري الخيار ، وكذا إذا خيره بين الثلاثة م: (**وفي الإجارة لا يشترط ذلك**) ش: أي الخيار م: (**لأن الأجر إنما يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلومًا**) ش: فلا يحتاج إلى إثبات الخيار .

م: (**وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار**) ش: وبهذا التعليل خرج الجواب عما قيل ما الفرق بين هذا وبين البيع والنكاح حيث يفسدان بالشرط ، ولا تفسد الإجارة ، فإنه لو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم أو هذه

ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجاوز به نصف درهم . وفي « الجامع الصغير » : لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم

الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم أو ابنتي فلانة بمائة دينار فقال قبلت كان باطلاً .

م: (**ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: لأن الشرط الأول جائز، والثاني فاسد ، ولهذا يجب المسمى في الأول وأجر المثل في الثاني م: (**لا يجاوز به نصف درهم**) ش: أي لا يجاوز بأجر المثل نصف درهم ، لأنه هو المسمى في اليوم الثاني .

م: (**وفي « الجامع الصغير » : لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم**) ش: ذكر هذا تنبيها على اختلاف الرواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - فيما إذا خاطه في اليوم الثاني فالأول ما ذكره القدوري وهو الصحيح ، والثاني ما ذكره في « الجامع الصغير » ، لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسميه الثانية لمنع النقصان ، فإن خاطه في اليوم الثاني يأتي بيانه عن قريب .

وقال الكرخي : - رحمه الله - في « مختصره » فإن خاطه من بعد الغد فله أجر مثله في قولهم جميعًا . واختلف عن أبي حنيفة - رحمه الله - في أجر المثل على ما حكاه في الوجه الأول يزاد على أجر الأول ولا ينقص من الأجر الثاني . وروي عنه إن كان أجر مثله أقل من الأجر الثاني فله الأقل من الأجر الثاني . وقال في الإملاء : في هذه المسألة له أجر مثله لا يتجاوز به درهمًا ، انتهى .

وقال القدوري في «شرحه » : واختلفت الرواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - إذا خاطه في اليوم الثاني ، فقال في إحدى الروايتين له أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، وهذا رواية الأصل والجامع الصغير . ورواية محمد في الأصل وإحدى الروايتين عن ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره وإحدى روايتي ابن سماعة أيضًا عن محمد في نوادره . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة - رحمهم الله - في نوادره رواية أخرى أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يزاد على نصف درهم وهي الرواية الصحيحة ، انتهى .

وقال فخر الإسلام في شرح « الجامع الصغير » عن أبي حنيفة - رحمه الله - في «النوادر» : أنه يجب في شرط الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم وينقص عنه وهو اختيار الكرخي .

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : الشرطان جائزان . وقال زفر - رحمه الله- : الشرطان فاسدان ، لأن الخياطة شيء واحد ، وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل ، فيكون مجهولاً ، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان . ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان . ولأن التعجيل والتأخير مقصودان فنزل منزلة اختلاف

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله -: الشرطان جائزان**) ش: ففي أيهما خاط يستحق المسمى فيه م: (**وقال زفر - رحمه الله -: الشرطان فاسدان**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - في ظاهر مذهبه والثوري وإسحاق وهو القياس م: (**لأن الخياطة شيء واحد**) ش: لأنه استأجره على مطلق الخياطة فالفعل غير مختلف وإنما يختلف الزمان م: (**وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل**) ش: أي بمقابلة شيء واحد الذي هو الخياطة ، وأراد بالبدلين هو درهم ونصف درهم . وأراد بقوله على البدل على الطريق البدل م: (**فيكون مجهولاً**) ش: أي فيكون البدل الذي هو الأجر مجهولاً فصار كأنه قال : خطته بدرهم ونصف دراهم وهو باطل ، فكذا هذا .

م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأن ذكر اليوم للتعجيل**) ش: لا للتوقيت لأنه خال أفراد العقد باليوم بقوله : خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الأجر فكذا هما م: (**وذكر الغد للترفيه**) ش: لا للإضافة والتعليق ولهذا لو أفرد العقد في الغد بأن قال خطته غداً بنصف درهم ثبت هذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق نصف درهم م: (**فيجتمع في كل يوم تسميتان**) ش: فيبطل العقد للجهالة بيان ذلك أما في اليوم الأول فلأن ذكر الغد للترفيه كان العقد المضاف إلى غد ثابت اليوم مع عقد اليوم وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باق لأن ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد فهذا بيان اجتماع التسميتين في كل يوم .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن ذكر اليوم للتأقيت**) ش: لأنه حقيقة ، فكان قوله : إن خطته اليوم فبدرهم مقتصراً على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى إلى الغد ، بل ليقضي بانقضاء الوقت م: (**وذكر الغد للتعليق**) ش: أي للإضافة ، لأن الإجارة لا تقبل التعليق ، لكن تقبل الإضافة لم يكن العقد ثابتًا في الحال . وقال الكاكي : ولهذا ذكر في بعض النسخ وذكر الغد للإضافة م: (**فلا يجتمع في كل يوم تسميتان**) ش: فيصح الشرطان م: (**ولأن التعجيل والتأخير مقصودان**) ش: دليل آخر لهما ، ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من التجمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصوداً م: (**فنزل**) ش: باختلاف الغرض م: (**منزلة اختلاف**

النوعين . ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت ، لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل. وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر المثل

النوعين) ش: من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية .

فإن قلت : قد جعلا ذكر اليوم في مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ها هنا .

قلت : هنالك حملا على المجاز تصحيحًا للعقد ، وها هنا حملاً على الحقيقة للتصحيح أيضًا ، إذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان في صحة العقد ، والأصح تصحيح تصرف العاقل ما أمكن .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن ذكر الغد للتعليق**) ش: أي للإضافة ، ويجوز أن يقال عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة ، لأن التسمية الأولى باقية وإنما هو يحط النصف لأمر التأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق، أي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير م: (**حقيقة**) ش: أي من حيث الحقيقة ، فإذا كان حقيقة وأمكن العمل بها لا يصار إلى المجاز فلا يجتمع تسميتان في اليوم م: (**ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت**) ش: الذي هو حقيقة اليوم م: (**لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل**) ش: فإذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركًا .

وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجيرًا واحدًا ، وهما متنافيان لتنافي لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجد عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل . وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة ، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي للتأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل . م: (**وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول**) ش: أي الشرط الأول م: (**ويجب المسمى ويفسد الثاني**) ش: أي الشرط الثاني م: (**ويجب أجر المثل**) ش: لا مقتضى الإجارة الفاسدة .

قيل : في جعل اليوم للتعجيل صحة الإجارة الأول وفساد الثانية ، وفي جعله للتوقيت فساد الأولى وصحة الثانية ، ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكمًا .

أجيب بأن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الأولى ، والضمان غير معتبرة .

قيل : هذا يشكل على قول أبي حنيفة بمسألة المخاتيم ، فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وفساد العقد ، وها هنا التعجيل وصححه .

لا يجاوز به نصف درهم ، لأنه هو المسمى في اليوم الثاني وفي « الجامع الصغير » لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني ، فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فإن خاطه في اليوم الثالث لايجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة - رحمه الله -وهو

أجيب : بأن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة فلا يترك ما لم يمنع مانع كما نحن فيه ، فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنع لذلك وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير ، بخلاف حالة الانفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مرادًا ، وفسد العقد .

ورد بأن دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مرادًا نظرًا إلى ظاهر الحال .

وأجيب : أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك، وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه ، فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال . م: **(لا يجاوز به نصف درهم)** ش: أي بأجر المثل . قد قلنا فيما مضى : إن هذا إسناد الفعل بالجار والمجرور على رأي الكوفيين ، فيكون الثاني محل الرفع ، ونصف درهم منصوب على المفعولية . وقال زفر والثلاثة : يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ م: **(لأنه)** ش: أي نصف درهم م: **(هو المسمى في اليوم الثاني)** ش: .

فإن قلت : فالدرهم أيضًا سمي في اليوم الثاني ، لأن اليوم جعل للتعجيل فصار وجوده كعدمه ، فيكون ذكر الدرهم موجودًا في الغد فلا يكون راضيًا بحط نصف من الدرهم .

قلت : هذا مسلم ، لكن ذكر النصف في الغد بطريق التصريح ، بخلاف ذكر الدرهم فهو مصرح في اليوم دون الغد .

م: **(وفي « الجامع الصغير » : لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم)** ش: لما أعاد لفظ الجامع لبيان الدليل على اختلاف الرواية ، ولكن لو ذكره هناك كان أولى وأبعد من التكرار ظاهرًا . وقال الأترازي : إنما أعاد لفظ الجامع للمخالفة الظاهرة بين رواية الجامع والرواية الأولى .

قلت : هذا وقوع فيما هرب عنه ، لأنه بين هناك تلك المخالفة ، وإنما الإعادة لما ذكرنا م: **(لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني ، فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان)** ش: منع الزيادة عن الدرهم ومنع النقصان عن نصف درهم .

م: **(فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف، درهم عند أبي حنيفة -رحمه الله- وهو**

الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى . ولو قال : إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر ، وإن أسكنت في هذا الدكان حداداً فبدرهمين جاز ، وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا الإجارة فاسدة. وكذا إذا استأجر بيتًا على أن يسكن فيه فبدرهم وإن أسكنت فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا : لا يجوز . ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف . ومن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها

الصحيح) ش: احترز به عن الرواية الأخرى ، وهو أنه لا يزاد على درهم ولا ينقص عن درهم ، كذا في « التقريب» م: (**لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى**) ش: بأن لا يرضى . وأما عندهما فالصحيح أنه ينقص من نصف الدرهم ولا يزاد عليه ، ذكره في «الإيضاح » .

م: (**ولو قال : إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً**) ش: أي حال كونك عطاراً ، وفي بعض النسخ إن أسكنته عطاراً فعلى هذا يكون عطاراً مفعولاً م: (**فبدرهم**) ش: أي فالأجرة بدرهم م: (**في الشهر ، وإن أسكنت في هذا الدكان حداداً**) ش: أي حال كونه حداداً . وفي بعض النسخ وإن أسكنته حداداً فعلى هذا يكون حداداً مفعولاً م: (**فبدرهمين**) ش: أي فالأجرة بدرهمين م: (**جاز، وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقالا الإجارة فاسدة**) ش: وبه قالت الثلاثة م: (**وكذا**) ش: أي على الخلاف م: (**إذا استأجر بيتًا على أن يسكن فيه فبدرهم**) ش: يعني أن يسكن هو بنفسه فالأجرة بدرهم م: (**وإن أسكنت فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : لا يجوز ومن استأجر دابة إلى الحيرة**) ش: بكسر الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الراء مدينة قديمة عند الكوفة م: (**بدرهم وإن جاوز بها**) ش: أي بالدابة المستأجرة م: (**إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف**) ش: يعني حكم هذه المسألة يحتمل الخلاف ، لأن محمداً - رحمه الله - ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ولم يجعلا فيه خلافًا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة ، وعندهما لا يجوز كما في نظائرها في المسائل .

وفي « الغاية » : مال الفقيه أبو الليث إلى الاتفاق يعني أن فيها يجوز بالاتفاق . ومال فخر الإسلام إلى الخلاف يعني أن المذكور فيها قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما لا يجوز وإليه ذهب العتابي وغيره .

م: (**ومن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها**

كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا : لا يجوز. وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد ، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية ، لأن الأجر يجب بالعمل ، وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما .ولأبي حنيفة - رحمه الله - أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية ، وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ، ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد . وكذا في أخواتها والإجارة تعقد للانتفاع ،وعنده ترتفع الجهالة ،

كرحنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا : لا يجوز) ش: الكر بضم الكاف وتشديد الراء م: (وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول ، وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول ، والجهالة توجب الفساد) ش: أي الجهالة الواحدة توجب الفساد ، فكيف الجهالتان .

م: (بخلاف الخياطة الرومية والفارسية) ش: جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال مسألة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحة . وتقرير الجواب أن يقال بالفرق بينهما م: (لأن الأجر) ش: أي ثمة م: (يجب بالعمل ، وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية) ش: في الدار والدكان م: (والتسليم) ش: من الدار والدكان والدابة م: (فتبقى الجهالة) ش: لأن الأجر مجهول عند التسليم فيفضي إلى المنازعة م: (وهذا الحرف) ش: أي هذا المعنى وهو قوله يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتنتفي الجهالة م: (وهو الأصل عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمه الله .

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله -أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين) ش: أي السكنى وعمل الحداد مختلفان م: (فيصح) ش: عند الاجتماع كما يصح عند الانفراد م: (كما) ش: يصح م: (في مسألة الرومية والفارسية وهذا) ش: أي كونهما مختلفين م: (لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد . ألا ترى أنه) ش: أي إسكان الحداد ، قاله صاحب « العناية » : والصحيح أن الضمير للشأن ، وأشار إلى إسكان الحداد بحرف الإشارة بقوله م: (لا يدخل ذلك في مطلق العقد) ش: أي لا يدخل إسكان الحداد في مطلق عقد الإجارة.

م: (وكذا في أخواتها) ش: يعني إذا استأجر ليركب هو بنفسه ليس له أن يركب غيره م: (والإجارة تعقد) ش: جواب عن قوله تحت الأجر بالتخلية . . . إلى آخره ، وتقديره أن الإجارة تعقد م: (للانتفاع وعنده) ش: أي عند الانتفاع م: (ترتفع الجهالة) ش: أما ترك الانتفاع من التمكن فنادر ولا معتبر به .

ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم . يجب أقل الأجرين للتيقن به .

م: (**ولو احتيج إلى الإيجاب**) ش: أي إيجاب الأجر م: (**بمجرد التسليم**) ش: أي بمجرد التخلية بأن يسلم ولم ينتفع به م: (**يجب أقل الأجرين**) ش: كما إذا ذكر درهمًا ودرهمين فالدرهم أقل الأجرين .

وبعضهم قال : يجب في كل واحد منهما نصفه ، لأن السكنى إذا لم توجد يكون التسليم لهما لعدم أولوية أحدهما من الآخر فيجعل النصف لهذا أو النصف للآخر ، فيجب نصف كل واحد منهما . وقيل : يجب الأول وينصف الفضل م: (**للتيقن به**) ش: أي بالأقل إذ الفضل لا يجب بالشك .

* * *

باب إجارة العبد

قال : ومن استأجر عبدًا ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك ، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمهما الإطلاق ، ولهذا جعل السفر عذرًا فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار ، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب . ومن استأجر عبدًا محجورًا عليه شهرًا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر . وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانًا إذا فرغ من

م: (**باب إجارة العبد**)

ش: أخره عن الحر لانحطاط درجته في المعاملات .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ومن استأجر عبدًا ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك**) ش: أي السفر كإسكان الحداد والقصار ، وحتى لو سافر به يضمن لمولاه ، لأنه صار عاصيًا . ولو رده إلى مولاه سالمًا لا أجر له عندنا خلافًا للثلاثة - رحمهم الله - م: (**لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمهما الإطلاق**) ش: أي إطلاق العقد .

واعترض : بأن المستأجر في ملك منافعه كالمولى ، وللمولى أن يسافر بعبده ، فكذا المستأجر . وأجيب بأن المولى إنما يسافر به ، لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض لمن ادعى دارًا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبد سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته .

وأجيب : بأن مؤنة الرد في باب الإجارة على الأجر بعد انتهاء العقد فبالإخراج يلزمه ما لا يلزم في الصلح ليست مؤنة الرد على المدعى عليه ، لأنه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة ، فمؤنة الرد عليه دون الوارث . م: (**ولهذا**) ش: أي ولاشتمال السفر على زيادة مشقة م: (**جعل السفرعذرًا**) ش: فإن استأجر غلامًا ليخدمه في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الإجارة ، لأنه لا يتمكن من المسافرة به م: (**فلا بد من اشتراطه**) ش: أي إذا كان كذلك فلا بد من اشتراط السفر .

م: (**كإسكان الحداد والقصار في الدار**) ش: فإنه ليس له ذلك إلا بالاشتراط م: (**ولأن التفاوت بين الخدمتين**) ش: أي خدمة الحضر وخدمة السفر م: (**ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب**) ش: فإنه استأجر دابة ليركب نفسه فليس له أن يركب غيره للتفاوت بين الراكبين فكذلك ها هنا .

م: (**ومن استأجر عبدًا محجورًا عليه شهرًا وأعطاه الأجر**) ش: أراد أنه أعطاه الأجر بعد العمل م: (**فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر**) ش: أي ليس له أن يسترد الأجر منه . وصورة المسألة في

العمل ، والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر ، فصار كما إذا هلك العبد . وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالمًا ، ضار على اعتبار هلاك العبد ، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة . وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر ، ومن غصب عبدًا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة - رحمه الله .

« الجامع الصغير » محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر عبدًا محجورًا عليه شهرًا فعمل عنده فأعطاه الأجر قال أجيز ذلك ، وليس للمستأجر أن يأخذ الأجر ، انتهى .

وقال الحاكم في « الكافي » : وإذا أجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بمائة درهم ليخدمه فخدمه ستة أشهر ثم أعتق فالقياس أنه لا أجر له فيما مضى ، لأن المستأجر صار ضامنًا فلا يجتمع الأجر والضمان ، ولكنا نستحسن إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه العبد ويدفعه إلى مولاه .

ويجوز الإجارة فيما بقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الإجارة ، لأنها جازت بعد عتقه بغير إجازة المولى . وكذلك الجواب إذا كان قبض الإجارة في حال رقه ويكون للعبد منها حصة ما بقي ، وللمولى حصة ما مضى .

م: (**وأصله**) ش: أي أصل هذا الحكم م: (**أن الإجارة صحيحة استحسانًا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز**) ش: الإجارة م: (**لانعدام إذن المولى وقيام الحجر**) ش: في العهد فيصير كالغاصب بالاستعمال ولا أجر على الغاصب م: (**فصار كما إذا هلك العبد**) ش: فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر ، لأنه ضامن بالغصب ، والأجر بالضمان لا يجتمعان . وعند الثلاثة يجب أجر المثل بقدر العمل .

م: (**وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالمًا ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، وإذا جاز ذلك**) ش: أي العقد بعدما سلم من العمل صح قبض العبد الأجرة ، لأنه هو العاقد وقبض البدل ، ومتى صح قبضه م: (**لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر**) ش: يعني لم يكن له أن يرد الأجر منه .

وكذا الحكم في الصبي المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل ، إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية ، وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك ، بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل يجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكرنا أنه صار غاصبًا .

م: (**ومن غصب عبدًا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة- رحمه الله-**) ش: قيد بقوله فأجر العبد نفسه ، لأنه لو أجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك وضمان على الغاصب بالأكل باتفاق .

وقالا هو ضامن ، لأنه أكل مال المالك بغير إذنه ، إذ الإجارة قد صحت على ما مر . وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز ، لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب ، لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده .وإن وجد المولى الأجر قائمًا بعينه أخذه ، لأنه وجد عين ماله ، ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعًا ، لأنه مأذون له في التصرف على اعتبارالفراغ على ما مر . ومن استأجر عبدًا هذين الشهرين شهرًا بأربعة وشهرًا بخمسة فهو جائز، والأول منهما بأربعة ، لأن الشهر المذكورأولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريًا للجواز

وعند الثلاثة يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو أجر العبد نفسه ، وإن أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة المولى ، لأنه هو العاقد م: (**وقالا : هو ضامن ، لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر**) ش: أشار به إلى وجه الاستحسان المذكور آنفًا ، وبه قالت الثلاثة - رحمهم الله .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز ، لأن التقوم به**) ش: أي تقوم المال يثبت بالإحراز م: (**وهذا**) ش: أي هذا المال م: (**غير محرز في حق الغاصب ، لأن العبد لا يحرز نفسه عنه**) ش: أي عن الغاصب م: (**فكيف يحرز ما في يده**) ش: وهذا لأن الإحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه ، ويد الغاصب ليست لهما ، ويد العبد كذلك، لأنه في يد الغاصب .

فإن قيل : الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه والإحراز فيه .

أجيب : بأنه تابع للأم لكونه جزءًا منها وهي محرزة ، بخلاف الأجر فإنه حصل من المنافع وهي غير محرزة .

م: (**وإن وجد المولى الأجر قائمًا بعينه أخذه ، لأنه وجد عين ماله**) ش: ولا يلزم من بطلان التقوم والعصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع ، فإنه يأخذ إذا وجد ولا يضمن بإتلافه عندنا م: (**ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعًا ، لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر**) ش: أشار به إلى قوله والنافع مأذون فيه ، وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة فإنه يحصل بالأداء إليه .

م: (**ومن استأجر عبدًا هذين الشهرين شهرًا بأربعة وشهرًا بخمسة فهو جائز والأول منهما**) ش: أي والشهر الأول من الشهرين م: (**بأربعة ، لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريًا للجواز**) ش: أي طلبًا لصحة العقد ، كما لو سكت عليه فقال استأجرت عبدك هذا شهرًا هكذا فإنه ينصرف إلى ما يليه تحريًا لصحة العقد ، فكذا هذا .

ونظرًا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة . ومن استأجر عبدًا شهرًا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته ، وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر . وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر ، لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيرجع بحكم الحال ، إذ هو دليل على قيامه من قبل ، وهو يصلح مرجحًا وإن لم يصلح حجة في نفسه

تقريره أنه لما قال شهرًا بأربعة على سبيل التكبير فلم لم يتعين الشهر الذي يليه يكون الشهر مجهولاً والإجارة تفسد بالجهالة ، فصرفناه إلى ما يلي العقد تحريًا للجواز م: (ونظرًا إلى تنجز الحاجة) ش: فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك ، والظاهر وقوعها عند العقد .

وإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه م: (فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة) ش: وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر : شهرين بدرهمين وشهرًا بخمسة قالا : الأولان بدرهمين ، وبقولنا قال مالك وأحمد . وقال الشافعي وبعض أصحاب أحمد : لا يصح هذا العقد حتى يسمي السنة أو الشهر ويذكر أي سنة أو أي شهر فيما إذا قال أجرتك شهرًا أو سنة .

فإن قيل : مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكرًا مجهولاً ، والمذكور في الكتاب ليس كذلك .

قيل له : المذكور في الكتاب قول المستأجر ، واللام في العهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر ، فكأن المؤجر قال أجرت عبدي هذا شهرين شهرًا بأربعة وشهرًا بخمسة .

م: (ومن استأجر عبدًا شهرًا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض) ش: أي والحال أنه آبق أو مريض م: (فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته ، وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر) ش: أي لا يجب الأجر وبه قال أحمد في رواية م: (وإن جاء به) ش: أي بالعبد م: (وهو صحيح فالقول قول المؤجر) ش: أي المالك ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية م: (لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيرجع بحكم الحال) ش: وفي بعض النسخ فيترجح م: (إذ هو) ش: أي الحال م: (دليل على قيامه) ش: أي قيام أمر محتمل م: (من قبل) ش: أي من قبل الاختلاف م: (وهو يصلح مرجحًا) ش: أي الحال يصلح مرجحًا .

هذا جواب سؤال وهو أن يقال الحال يصلح للدفع عندنا للاستحقاق ، كما عرف في الأصول ، فإذا جاء بالعبد وهو صحيح فالقول للمالك ويستحق الأجر ومطالبة المستأجر بالأجر فالحال حينئذ كانت موجبة للاستحقاق .

فأجاب بقوله : وهو يصلح مرجحًا م: (وإن لم يصلح حجة في نفسه) ش: يعني أن

أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه .

الاستحقاق يثبت هنا بالعقد وتسليم العبد إليه في المدة لكن المستأجر يدعي ما ينافي الوجوب معرضًا بعد ظهور السبب ، والظاهر يكفي شاهدًا للمؤجر في إنكاره فيكون مرجحًا لكلام المؤجر لا موجبًا للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة .

م: (**أصله**) ش: أي أصل هذا الحكم . وقال الكاكي : أي أصل هذا الاختلاف بين المالك والمستأجر م: (**الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه**) ش: فإنه بحكم الحال . فإن كان الماء منقطعًا وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى ، وإن كان جاريًا فالقول لرب الرحى مع يمينه .

ولو اختلفا في قدر الانقطاع فالقول للمستأجر والبينة للمؤجر ، وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقال المولى أعتقتك بعد الولادة والولد ملكي ، وقالت أعتقتني قبل الولادة .

وقد عتق بإعتاقي فالقول لمن كان الولد في يده ، واعتبار الولدين لا بحكم الحال . وكذا لو باع شجرًا فيه ثم قال البائع بعت الأشجار دون الثمار ، المشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا : ينظر إن كان الثمار في يد البائع فالقول له ، وإن كان في يد المشتري فالقول للمشتري ، وكذا ذكره التمرتاشي والمحبوبي .

فروع : قال الحاكم في «الكافي» : رجل أجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة فخدمه ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد بالخيار إن شاء فسخ الإجارة وكان أجر ما مضى عليها وللعبد أجر ما بقي من المدة ، إلا أن المولى هو الذي يقول قبض جميع الأجرة وليس للعبد نقضها بعدما اختار المضي عليها . وإن كان المستأجر عجل الأجرة كلها للمولى قبل أن يعمل شيئًا في أول الإجارة ، فالأجرة كلها للمولى إذا اختار العبد المضي على الإجارة ، لأن المولى ملك الأجرة قبل عتقه ، فإن كانت الأجرة شيئًا معينة في جميع هذه الوجوه فالجواب فيه كالجواب في الدراهم .

وأما صداق المرأة المعتقة إذا اختارت النكاح فهو للمولى إن كان قبضه أو لم يقبضه ، لأنه وجب بالعقد والآخر يجب يومًا فيومًا إذا لم يكن قبضه كذلك .

الجواب في العبد إذا أولى إجارة نفسه بإذن المولى ، لأن العبد هو الذي يلي القبض وهو الذي يطالب بالرد فيما يجب رده من المقبوض عند الفسخ ويرجع به هو على المولى عينًا كان ذلك في يد المولى أو مستهلكًا ، لأنه إنما وجب بعد العتق وانفسخ .

وكذلك الأمة إذا زوجت نفسها بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار ، وكذلك الصبي إذا أجره الوصي في عمل فلم يتم العمل حتى بلغ الغلام مبلغ الرجال فهو بالخيار في المضي على

....

الإجارة أو فسخها ، وكذلك الأب إذا أجر ابنه ثم أدرك الابن . ولو كان الأب أو الوصي أجر دار الصبي سنين معلومة فأدرك الغلام لم يكن له أن يبطل الإجارة ، لأنهما في ماله بمنزلة وكيل الكبير .

* * *

باب الاختلاف

قال : وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء ، وقال الخياط قميصًا . أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب ، لأن الإذن يستفاد من جهته . ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر صفته لكن يحلف ، لأنه أنكر شيئًا لو أقر به لزمه . قال : وإذا حلف فالخياط ضامن ، ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله . وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى .

م: **(باب الاختلاف)**

ش: لما ذكر اتفاق المتعاقدين شرع في بيان اختلافهما وهو فرع ، فلذلك أخره .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء . وقال الخياط قميصًا ، أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب)** ش: أي مع يمينه ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور - رحمهم الله - .

وقال أحمد وابن أبي ليلى والشافعي - رحمه الله - في قول : القول للخياط والصباغ . وقال بعض أصحاب الشافعي - رحمه الله - له قول ثالث ، وهو أنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ، وإذا تحالفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الأجر ، وبعضهم قال : الصحيح أن القول لرب الثوب م: **(لأن الإذن يستفاد من جهته)** ش: أي من جهة رب الثوب .

م: **(ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله)** ش: بأن أنكر عقد الإجارة أصلاً كان القول لصاحب الثوب م: **(فكذا إذا أنكر صفته)** ش: أي صفة الإذن ، بخلاف المضاربة ، لأن الأصل في المضاربة العموم في أنواع التجارة فالخصوص عارض ، فكان القول لمن ينكر العارض م: **(لكن يحلف)** ش: أي صاحب الثوب م: **(لأنه أنكر شيئًا لو أقر به لزمه)** ش: أي لزمه ذلك الشيء بإقراره .

م: **(قال : وإذا حلف فالخياط ضامن ، ومعناه ما مر من قبل)** ش: أي قبيل باب الإجارة الفاسدة في قوله ومن دفع إلى الخياط ثوبًا ليخيطه قميصًا بدرهم فخاطه قباء م: **(أنه بالخيار إن شاء ضمنه ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله)** ش: لا يجاوز به المسمى م: **(وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى)** .

وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه ، لأنه بمنزلة الغاصب . وإن قال صاحب الثوب : عملته لي بغير أجر ، وقال الصانع : بل بأجر فالقول قول صاحب الثوب ، لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد

واعترض : بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجير خالف ، وها هنا قد اختلف في ذلك ، وكيف يكون هذا مثل ذلك .

وأجيب : بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء ، إلا أنه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق الخلاف الآخر اعتباراً ، فكانتا في الحكم سواء .

م: (**وذكر في بعض النسخ**) ش: أي بعض نسخ القدوري م: (**يضمنه ما زاد الصبغ فيه**) ش: أي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ ، فالأول أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية ، والثانية أعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد .

وجه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرب والصابون من عمل الغسال ، فلا يصير صاحب الثوب مشترياً للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب .

ووجه رواية ابن سماعة ما أشار إليه بقوله م: (**لأنه بمنزلة الغاصب**) ش: يعني أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وهو أن الغاصب إذا صبغه أحمر أو أصفر فإن شاء رد الثوب وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه فكذلك هنا .

وفي « خلاصة الفتاوي » : والصباغ إذا خالف بصبغ الأصفر فكان الأحمر إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا أجر له ، و لو صبغ رديئًا إن لم يكن فاحشًا لا يضمن وإن كان فاحشًا بحيث يقول أهل تلك الصنعة إنه فاحش يضمن قيمته ثوب أبيض .

وفي «المحيط» : لو أمره أن يصبغه بزعفران أو بقم فصبغه غير ما سمي إلا أنه لم يشبع صبغه وقد أمر صاحب الثوب أن يشبعه فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وسلم له الثوب ، وإن شاء أخذه ، وأعطاه أجره مثله لا يزاد على المسمى في الأصل إلى هنا لفظ « الخلاصة » .

م: (**وإن قال صاحب الثوب : عملته لي بغير أجر وقال الصانع : بل بأجر فالقول قول صاحب الثوب**) ش: عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وبه قال أصحاب الشافعي - رحمه الله - م: (**لأنه**) ش: أي لأن صاحب الثوب م: (**ينكر تقوم عمله إذ هو**) ش: أي العمل م: (**يتقوم بالعقد**

وينكر الضمان ، والصانع يدعيه والقول قول المنكر . وقال أبو يوسف - رحمه الله - :إن كان الرجل حريفًا له أي خليطًا له فله الأجر وإلا فلا ، لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريًا على معتادهما . وقال محمد : إن كان الصانع معروفًا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله ،لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارًا للظاهر ، والقياس ما قاله أبو حنيفة ، لأنه منكر . والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع ، والحاجة ها هنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر . وقال أبو يوسف - رحمه الله-: إن كان الرجل حريفًا له أي خليطًا له) ش: بأن تكون تلك المعاملة منها بأجر حريف الرجل من يكون بينه وبينه أخذ وإعطاء ومعاملة ، وأصله من الحرفة والاحتراف وهو الاكتساب .

م: (**فله الأجر وإلا فلا**) ش: أي وإن لم يكن حريفًا له فلا أجرة م: (**لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريًا على معتادهما**) ش: أي سبق ما بين رب الثوب والصباغ مثلاً من التعامل والتقاطع على الأجر يعين جانب الطلب جريًا على عادتهما من التعامل بالأجرة .

م: (**وقال محمد : إن كان الصانع معروفًا بهذه الصنعة بالأجر**) ش: بأن اتخذ دكانًا وانتصب لعمل الصباغة أو القصارة م: (**فالقول قوله ، لأنه لما فتح باب الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارًا للظاهر**) ش: وبه قال مالك وأحمد - رحمه الله- . قال شيخ الإسلام وصاحب « المحيط » : الفتوى على قول محمد م: (**والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر**) ش: للإجارة والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد عندنا بخلاف ما لو دفع إلى آخر عينًا ثم اختلفا فقال الدافع قرض، وقال الآخر : هبة فالقول لمن يدعي القرض، لأن العين متقوم بنفسه فالآخر يدعي الإبراء عن قيمته فالقول لمنكر الإبراء وهو مدعي القرض .

م: (**والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع**) ش: أي الظاهر يصلح للدفع عن نفسه م: (**والحاجة ها هنا إلى الاستحقاق والله أعلم**) ش: لا للدفع ، نظيره دار في يد رجل فزعم آخر أنه ملكه فالقول للذي في يده ، وإن كان غيره يدعيهما ولا شرع في يد بلا حجة ، فلو بيعت دارًا بجنبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يأخذها بمجرد اليد حتى يقيم بينة أنه ملكه ، لأن ثبوت الملك بظاهر اليد يصلح للدفع لا للاستحقاق والأخذ من يد المشتري استحقاق فلا يملكه بدون البينة ، كذا هنا .

فروع : قال الأسبيجابي في شرح « الكافي » : ولو أسلم ثوب إلى صباغ يصبغه أحمر فصبغه ثم اختلفا فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب : صبغته بدانقين فإني أنظر إلى ما زاد الصبغ فيه فإن كان درهمًا أو أكثر فله درهم لأن الحال يصلح حكمًا في الباب ، فكان القول

....

قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ، وإن كان أقل من دانقين أعطيته بعد أن يحلف رب الثوب صبغه إلا بدانقين .

وإن كان الصبغ سواد فالقول قول رب الثوب مع يمينه ، لأنه يدعي عليه زيادة أجر وهو ينكر ولو قال رب الثوب صبغته لي بغير أجر كان القول قوله ، لأن السواد ينقض الثوب ، أما إذا كان صبغًا يزيد في الثوب فقال رب الثوب : صبغته بغير أجر وقال الصباغ : صبغته بدرهم فإنهما يتحالفان ، لأن هذا يدعي الهبة والآخر يدعي التجارة فكان كل منهما مدعيًا ومدعى عليه ثم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ في مقدار الأجرة ولا يجوز به درهم .

ولو اختلف رب الثوب في مقدار الأجر فإن كان لم يأخذ في العمل تخالفا وترادا أوإن كان بعده فالقول قول رب الثوب ولا يتخالفان ، وكذلك لو قال عملته لي بغير أجر فالقول قول رب الثوب ، لأن العمل يتقوم بالعقد وهو ينكر العقد .

باب فسخ الإجارة

قال : ومن استأجر دارًا فوجد بها عيبًا يضر بالسكنى فله الفسخ ، لأن المعقود عليه المنافع، وإنها توجد شيئًا فشيئًا فكان هذا عيبًا حادثًا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع . ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع ،

م: (باب فسخ الإجارة)

ش: تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة ، لأن الفسخ رفع العقد السابق فبالضرورة وهو متأخر .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**ومن استأجر دارًا فوجد بها عيبًا يضر بالسكنى فله الفسخ**) ش: أي فللمستأجر ولاية الفسخ ، قيد العيب بالإضرار بالسكنى ، لأنه إذا كان عيبًا لا يضر بالسكنى كحائط سقط لم يكن محتاجًا إليه في السكنى لم يثبت الخيار . وكذا لو كان المستأجر عبدًا للخدمة فسقط شعره أو ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت الخيار ، كذا في «الإيضاح» .

وفي « الفتاوى الصغرى » و« التتمة » : إذا سقط حائط أو انهدم بيت من الدار المستأجرة للمستأجر أن يفسخ ، ولا يملك الفسخ بغيبة المالك بالإجماع ، لأن هذا رد بالعيب وذلك لا يصلح إلا بحضرة المالك بالإجماع وإنما الخلاف في الرد بخيار الشرط . وإن انهدمت الدار كلها فله الفسخ من غير حضرة المالك ، لكن الإجارة لا تنفسخ ما لم يفسخ ، لأن الانتفاع بالعرصة ممكن ، وإليه ذهب خواهر زاده .

وفي إجارات شمس الأئمة : إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح أنه لا تنفسخ الإجارة ، لكن سقط الأجر عنه فسخ أو لم يفسخ . وإذا استأجر أرضًا للزراعة فزرع فاصطلمه آفة وجب أجر ما مضى وسقط أجر ما بعد الاصطلام .

م: (**لأن المعقود عليه المنافع**) ش: هذا دليل على المذكور . وقيل : هذا دفع شبهة ترد على الإجارة من جانب البيع ، وهي أن يقال : إن عقد الإجارة عقد لازم كالبيع ، والعيب الحادث في البيع بعد قبض المشتري لا يثبت الرد ، فكان ينبغي أن لا يرد في الإجارة بعد القبض أيضًا .

فأجاب عنه بقوله : لأن المعقود عليه المنافع م: (**وإنها توجد شيئًا فشيئًا**) ش: يعني شيئًا بعد شيء، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء م: (**فكان هذا عيبًا حادثًا قبل القبض**) ش: وإن كان بعد القبض صورة م: (**فيوجب الخيار**) ش: أي إذا كان الأمر كذلك فيجوب الخيار م: (**كما في البيع**) ش: فإنه إذا حدث فيه العيب قبل القبض ينفرد المشتري بالفسخ كذلك هنا ، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثًا بعد قبض المستأجر أو قبله ، لأن الذي حدث بعد

وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه . قال : وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة ، لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر. ومن أصحابنا من قال :إن العقد لا ينفسخ ، لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الإباق في البيع قبل القبض . وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ

قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع .

م: (**ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل**) ش: وبه قال الشافعي في الأظهر ومالك أوحمد . وقال الشافعي في وجه : لا يلزمه جميع الأجر م: (**كما في البيع**) ش: إذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان كذلك ها هنا إذا رضي بالعيب لا يكون له أن ينقص في أجرة الدار شيئًا في مقابلة العيب م: (**وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب**) ش: بأن أصلح في الدار المستأجرة ما كان يضر بالسكنى م: (**فلا خيار للمستأجر لزوال سببه**) ش: أي سبب الخيار وهو العيب المضر بالسكني قبل فسخ العقد .

م: (**قال : وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة**) ش: بكسر الشين م: (**أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة**) ش: وبه قالت الثلاثة . وعن بعض أصحاب أحمد والشافعي - رحمهما الله - في الأرض التي انقطع ماؤها لم تنفسخ الإجارة كما قاله بعض أصحابنا على ما يجيء الآن إن شاء الله تعالى م: (**لأن المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر**) ش: بفتح الجيم .

م: (**ومن أصحابنا من قال**) ش: أراد بذلك شيخ الإسلام وشمس الأئمة السرخسي وغيرهما فإنهم قالوا م: (**إن العقد لا ينفسخ ، لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها**) ش: لأن أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصف فسطاط ، وفي انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنه يحتمل العود م: (**فأشبه الإباق في البيع قبل القبض**) ش: وذلك لا يوجب الانفساخ .

واستدل هؤلاء على صحة ما ذهبوا إليه بما روى هشام عن محمد - رحمه الله-، وأشار إليه المصنف بقوله م: (**وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر**) ش: يعني لو استأجر بيتًا فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض ولا للآجر .

م: (**وهذا تنصيص منه**) ش: أي هذا الذي روي تنصيص عن محمد م: (**على أنه**) ش: أي على أن عقد الإجارة م: (**لم ينفسخ ، لكنه يفسخ**) ش: يستحق الفسخ . وقال في «الكافي» : وهو

ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته ، لأنه جزء من المعقود عليه .

الأصح ، وأما من قال بأنها تنفسخ فإنهم أيضًا استدلوا على ذلك بما ذكره محمد في كتاب «البيوع» . ولو سقطت الدار فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار حاضرًا أو غائبًا فهذا إشارة إلى الانفساخ بمجرد الانهدام حيث ما شرط حضرة صاحبها ، لأنه رد بعيب وهو لا يصلح إلا بحضرة المالك بالإجماع .

وفي « الغاية » : والذي قال ينفسخ بانهدام ثم يعود بالبناء ، ومثله جائز كما في الشاة المبيعة إذا ماتت في يد البائع ينفسخ العقد ، ثم إذا دبغ جلدها يعود القدر بقدرها فكذا هذا ، وهذا بخلاف السفينة إذا انقضت وصارت ألواحًا ثم ركبت وأعيدت سفينته لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر ، لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينة أخرى ، ألا ترى أن من غصب ألواحًا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك ، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها .

م: (**ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته ، لأنه جزء من المعقود عليه**) ش: هذا أورده تشبيها بالدابة على أنه لا ينفسخ بانقطاع الماء .

وفي الأصل إذا انقطع ماء الرحى ينفسخ ويثبت الخيار للعاقد ، فإن لم ينفسخ حتى عاد الماء لزمه الإجارة فيما بقي من الشهر لزوال الموجب للفسخ ويرفع الأجر عنه بحساب ذلك ، أي بحساب ما انقطع إنما في المدة ، ولو لم يفسخها ومضت المدة فلا أجر عليه في ذلك . ولو نقص ماء الرحى إن كان النقصان فاحشًا فله حق الفسخ وإلا فلا ، لأن مدة الإجارة لا تخلو عن نقصان غير فاحش غالبًا ويخلو عن نقصان فاحش .

قال القدوري في « شرحه » : إذا صار يطحن أقل من نصف طحنه فهو فاحش ، وفي «الخلاصة » قال الناطفي : إذا طحن نصف ما كان يطحن فللمستأجر رده أيضًا . ولو لم يرد حتى طحن نصف ما كان يطحن ، فللمستأجر رده أيضًا ، ولو لم يرده حتى طحن كان هذا رضى منه وليس له أن يرد الرحى بعد ذلك ، ثم في «الخلاصة» وهذه الرواية تخالف رواية القدوري أن من استأجر رحى ستة أشهر فأمسك الرحى حتى مضت السنة فعليه أجر ستة أشهر ، وإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته . ولو استأجر عبدًا فمرض فهو كالرحى .

وفي « الشمائل » : انكسار أحد الحجرين عذر ، فإن أصلح رب الرحى قبل الفسخ لا ينفسخ . وفي شرح « الكافي » : فإن انقطع الماء عن الرحى فلم يعمل رفع عنه من الأجر بحساب ذلك ، له أن ينقض الإجارة ، فإن لم ينقضها حتى عاد الماء لزمته الإجارة وإن اختلفا في مقدار الانقطاع فالقول قول المستأجر ، لأنه ينكر تقرر الأجر عليه .

قال : وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت ، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الأجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد ، لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز

ولو قال المؤجر لم ينقطع الماء وقال المستأجر قد انقطع بحكم الحال فيكون انقطاعه وجريانه في الحال دليلاً على الماضي ، لأن الحال يصلح دليلاً على الماضي عند الاشتباه .

م: (**قال : وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد**) ش: أي والحال أنه قد عقد م: (**الإجارة لنفسه انفسخت**) ش: أي الإجارة ، وبه قال الثوري والليث . وقالت الثلاثة وأبو ثور وإسحاق لا تنفسخ والإجارة بحالها ، ويقوم وارثها مقامها سواء مات أحدهما أو كلاهما ، لأن المنافع كالأعيان عندهم ، والعقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد كما لو زوج أمته ثم مات .

م: (**لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الأجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد**) ش: أي حال كونها مستحقة بالعقد ، والدليل على صيرورتها لغير العاقد مع كون الاستحقاق بالعقد وهو قوله م: (**لأنه ينتقل بالموت**) ش: التحقيق هنا أن يجعل الضمير في أنه إلى ما يتركه الميت ، ويراد بالموت موت المورث ، والمعنى لأن الذي يتركه الميت ينتقل بالموت م: (**إلى الوارث**) ش: ثم يرتب الحكم على هذا عند موت المؤجر ، أو مات المستأجر ، أما إذا مات المؤجر فقد انتقلت رقبة الدار إلى الوارث والمستحق عن المنافع التي حدثت على ملكه فقد فات بموته فبطلت الإجارة لفوات المعقود عليه ، لأن بعد موته تحدث المنفعة على ملك الوارث .

وأما إذا مات المستأجر فلو بقي العقد لبقي على أن يخلفه الوارث وذا لا يتصور ، لأن المنفعة الموجودة في حياته تلاشت فكيف يورث المعدوم ، والتي تحدث ليست بمملوكة له ليخلفه الوارث فيها إذ الملك لا يسبق الوجود ، وإذا ثبت انتفاء الإرث تعين بطلان العقد .

م: (**وذلك لا يجوز**) ش: أي صيرورة المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد حال كونها مستحقة بالعقد لا يجوز ، وذكر اسم الإجارة باعتبار كون ذلك وهو عبارة عن الصيرورة التي دل عليها قوله : تصير المنفعة ، ولا يشكل ما ذكره بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق حيث لا تنفسخ الإجارة ، وللمستأجر أن يركبها إلى المكان المسمى بالأجر فقد مات أحد المتعاقدين ، وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد ، لأن ذلك للضرورة ، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ، ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه فيستأجر الدابة منه .

حتى قال بعض المشايخ : إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الإجارة . وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الإجارة لعدم الضرورة ، وكان عدم الانفساخ

وإن عقدها لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى . قال ويصح شرط الخيار في الإجارة . وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يصح

بالاستحسان الضروري ، والمستحسن لا يورد الانقضاء على القياس ، كذا في « المبسوط » و«الذخيرة » .

ونوقض أيضًا بموت الكل فإنه ينفسخ بموته مع أنه غير العاقد .

وأجيب : بأن المراد بالعاقد من وقع لأجله العقد ، حتى لو كان العقد لغيره كالوكيل والأب والوصي والمتولي في الوقت لا ينفسخ العقد بموته لبقاءالمستحق عليه ، وقيل في جوابه وهو أحسن وهو أنا قد قلنا إن كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم تلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد ، لأن العكس غير لازم في مثله .

وفي « الخلاصة » : أحد المتعاقدين لو جن جنونًا مطبقًا لا تنفسخ الإجارة . وفي الأجناس إذا أجر الأب أرض ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الإجارة ، وكذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها ، ويبطل بموت الصبي والمستأجرة. وقال الكرخي في «مختصره » : وإن مات الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الإجارة وكان لها من الأجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت .

وفي « الأجناس » : لو أجر الواقف ثم مات قبل انقضاءالمدة لا تبطل الإجارة . وفي «الذخيرة » : القياس أن يبطل وبه أخذ أبو بكر الإسكاف . وفي الاستحسان لا تبطل ، لأنه أجر لغيره كالوكيل . وفي « الأجناس » : ولو مات رب الإبل في بعض طريق المفازة للمستأجر أن يركبها على حاله وعليه الكرى المسمى إلى أن يأتي مكة فيدفع ذلك إلى القاضي ، فإن شاء سلم له الكرى إلى الكوفة ، وإن شاء فسخ الإجارة .

وفي كتاب « الشروط » لمحمد بن الحسن : لو مات المكاري في مصر من الأمصار وركب المستأجر ضمن إن هلك الإبل إلا بإذن القاضي .

م: (**وإن عقدها**) ش: أي الإجارة م: (**لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى**) ش: وفي بعض النسخ لانعدام ما ذكرنا ، وأراد به قوله : لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة . . . إلى آخره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويصح شرط الخيار في الإجارة**) ش: ويعتبر ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار وبه قال أحمد - رحمه الله - م: (**وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يصح**) ش: شرط الخيار ، وله في ثبوت خيار المجلس وجهان . ولو كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه : في وجه لا يثبت فيها الخياران وفي وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط ، كذا

لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ، ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضًا على الكمال ، وكل ذلك يمنع الخيار . ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع ، والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط ، بخلاف البيع وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة ، فيشترط فيه دونها ،

في «الحلية» .

م: (**لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه**) ش: أي بعض المعقود عليه ، لأن بعضه فات في مدة الخيار ، فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه ، مع أن رد الكل مستحق بالخيار ، فإذا لم يتمكن بطل .

م: (**ولو كان**) ش: الخيار م: (**للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضًا على الكمال**) ش: لفوات بعضه في مدة الخيار ، فصار كما لو تلف بعض المبيع في يد البائع إذا باع ، بشرط الخيار م: (**وكل ذلك**) ش: يعني من عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله إذا كان الخيار للمستأجر ، وعدم إمكان التسليم أيضًا على الكمال إذا كان الخيار للمؤجر م: (**يمنع بالخيار**) ش: أي ثبوته .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن عقد الإجارة م: (**عقد معاملة**) ش: احترز به عن النكاح ، فإن مطلق المعاملة تنصرف إلى المعاوضات التي يلحقها الفسخ بالإقالة .

وفي بعض النسخ عقد مقابلة أي معاوضة م: (**لا يستحق القبض فيه في المجلس**) ش: احترز به عن الصرف والسلم، فإن قبض البدل شرط فيهما ، فلهذا لم يجز الخيار فيهما م: (**فجاز اشتراط الخيار فيه**) ش: أي عقد الإجارة .

م: (**كالبيع**) ش: أي كما يجوز شرط الخيار في البيع م: (**والجامع بينهما**) ش: أي بين الإجارة والبيع ، وأشار به إلى وجه القياس وهو م: (**دفع الحاجة**) ش: فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لئلا يقع فيه الغبن .

وأثبت الشارع فيه الخيار دفعًا لهذه الحاجة ، فكذلك الإجارة ، لأنه يغبن فيها ، فشرع الخيار دفعًا للغرور ومنعًا للزوم .

م: (**وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب**) ش: بالإجماع م: (**فكذا**) ش: لا يمنع الرد م: (**بخيار الشرط ، بخلاف البيع**) ش: متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد دون الإجارة م: (**وهذا**) ش: أي الفرق بين البيع والإجارة م: (**لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط**) ش: أي رد الكل م: (**فيه**) ش: أى في البيع م: (**دونها**) ش: أي

ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة . قال : وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا . وقال الشافعي : لا تفسخ إلا بالعيب . لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع ، ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به ، وهذا هو معنى العذر عندنا .

دون الإجارة .

وفي بعض النسخ دونه أي دون عقد الإجارة لما أن التكليف بحسب الوسع والطاقة م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون رد الكل ممكناً في البيع دون الإجارة م: (**يجبر المستأجر على القبض إذا أسلم المؤجر بعد مضي بعض المدة**) ش: لأن التسليم بكماله غير ممكن ، وهذا عندنا خلافًا للشافعي ، فعنده لا يجبر وللمستأجر الفسخ في باقي المدة .

صورته أن يستأجر داراً سنة حتى مضى شهراً ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه من ذلك . وقال الشافعي : للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على أصله أن المنافع في حكم الأعيان ، فبفوات بعض مايتناوله العقد يخير فيما بقي لاتحاد الصفقة ، وعندنا عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة فلا يمكن تفرق الصفقة مع تفرق المعقود .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا**) ش: وعند شريح تفسخ بعذر وبغير عذر ، وبه قال ابن أبي ليلى - رحمه الله - فإن الإجارة عندهما عقد غير لازم لا عقد على المعدوم فلا يتعلق به اللزوم كالعارية .

م: (**وقال الشافعي : لا تفسخ إلا بالعيب**) ش: وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور م: (**لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها**) ش: أي على المنافع كما يجوز على الأعيان م: (**فأشبه البيع**) ش: كما أن البيع لا يفسخ إلابالعيب ، فكذا الإجارة .

م: (**ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به**) ش: أي بالعذر م: (**إذ المعنى**) ش: المجوز للفسخ م: (**يجمعهما**) ش: أي يجمع الإجارة والبيع جميعًا م: (**وهو**) ش: أي المعنى الجامع م: (**عجز العاقد عن المضي في موجبه**) ش: أي في موجب العقد م: (**إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به**) ش: أي بالعقد م: (**وهذا هو معنى العذر عندنا**) ش: فإن جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس .

وهو كمن استأجر حداداً ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع ، أو استأجر طباخًا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الإجارة ، لأن في المضي عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وكذا من استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا إذا أجر دكانًا أو داراً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون ، لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس ، لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر . ثم قوله فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض ، وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين . وقال في «الجامع الصغير»: وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي . ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر ، فيتفرد العاقد

م: (وهو) ش: أي العذر ، والشافعي - رحمه الله - محجوج بهذه المسائل م: (كمن استأجر حداداً) ش: أراد به قلاع السن وهو الذي يسمى المزين في عرف أهل مصر وإطلاق الحداد عليه باعتبار تلك البلاد ، فإن عندهم لايقلع السن غالبًا إلا الحداد م: (ليقلع ضرسه لوجع به) ش: أي لأجل وجع كائن بالضرس.

م: (فسكن الوجع) ش: فإن الإجارة تنفسخ فيه م: (أو استأجر طباخًا ليطبخ له طعام الوليمة) ش: أي العرس م: (فاختلعت منه) ش: أي فاختلعت المرأة من الرجوع أوماتت المرأة ، فإن الإجارة تنفسخ فيه أيضًا بالإجماع م: (تفسخ الإجارة ، لأن في المضي عليه) ش: أي على العقد م: (إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد) ش: فيثبت له حق الفسخ دفعًا لذلك الضرر.

م: (وكذا من استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله، وكذا إذا أجر دكانًا أو داراً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلابثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون ، لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس) ش: أي ذلك الضرر الزائد هو الحبس ، لأنه إذا بقيت الإجارة مع ذلك يحبسه القاضي لقضاء الدين والحبس ضرر زائد م: (لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر) ش: لاسيما إذا كانت له عقار مستأجر.

م: (ثم قوله) ش: أي قول القدوري في « مختصره » م: (فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر) ش: أي محمد م: (في الزيادات في عذر الدين . وقال في «الجامع الصغير» : وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ووجهه) ش: أي وجه ما ذكرنا في « الجامع الصغير » .

م: (أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر) ش: في البيع وغيره م: (فيتفرد العاقد

بالفسخ . ووجه الأول أنه فصل مجتهد فيه فلابد من إلزام القاضي . ومنهم من وفق فقال إن كان العذر ظاهرًا لا يحتاج إلى القضاء ، وإن كان غير ظاهر كالدين محتاج إلى القضاء لظهور العذر. ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر ، لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد ، لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته ، أو لطلب غريمه فحضر ، أو للتجارة

بالفسخ ، ووجه الأول) ش: وهو الذي ذكره القدوري م: (**أنه فصل مجتهد فيه**) ش: لأن فيه خلاف الشافعي ومالك وأحمد م: (**فلابد من إلزام القاضي**) ش: ليرتفع الخلاف .

م: (**ومنهم**) ش: أي ومن المشايخ م: (**من وفق**) ش: أي بين روايتي الجامع الصغير والزيادات م: (**فقال إن كان العذر ظاهراً**) ش: بأن اختلفت المرأة أو ماتت فيما إذا استأجر لطبخ طعام الوليمة ،أو مات الولد إذا استأجره ليختنه أو برأت يداً إذا استأجر لقطعها من الأكلة أو سكن وجع سنه إذا استأجر لقلعه م: (**لا يحتاج إلى القضاء ، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر**) ش: أي لأن يظهر العذر ، وصحح المحبوبي وقاضي خان هذا وصحح شمس الأئمة ماذكر في الزيادات .

ثم اختلفوا في فسخ القاضي :

قيل : يبيع الدار فينفذ البيع فتفسخ الإجارة ضمنًا ، وإنما لا ينقض قصداً ، لأنه لو نقضها قصداً أو بما لايتفق المبيع فيكون النقض إبطالاً لحق المستأجر قصداً ، وأنه لا يجوز .

وقيل : يفسخ الإجارة ثم يبيع الدار .

وفي « الذخيرة » : ولو أظهر المستأجر في الدار الشر كشرب الخمر وأكل الربا والزنا واللواطة يؤمر بالمعروف ، وليس للمؤجر ولا لجيرانه أن يخرجوه من الدار وذلك لا يصير عذراً في فسخ الإجارة ، ولا خلاف للأئمة الأربعة في الجواهر إن رأى السلطان أن يخرجه فعل .

وقال ابن حبيب : لو أظهر الفسق في دار نفسه ولم يمتنع بالأمر بالمعروف ، ويقول داري أنا آتي فيها ما أريد ، تباع عليه داره .

م: (**ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر**) ش: يقال: بدا لي في هذا الأمر بَدَاءٌ أي تغير رأيي عما كان عليه ، وفلان ذو بدوات إذا بدا له الرأي بعد الرأي ، كذا في «المجمل » .

وقال ابن دريد بدا لي الشيء وبدا إذا ظهر ، وبدا لي في الأمر إذا ضربت عبد بدو أو بداء ، كذا في « الجمهرة » م: (**فهو عذر ، لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد ، لأنه ربما يذهب للحج**) ش: وفي بعض النسخ إلى الحج م: (**فذهب وقته أو لطلب غريمه**) ش: أي أو كان استأجر دابة ليذهب بطلب غريمه م: (**فحضر**) ش: إلى غريمه م: (**أو للتجارة**) ش: أي أو استأجر دابة

فافتقر . وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره . ولو مرض المؤاجر فقعد فكذلك الجواب على رواية الأصل . وذكر الكرخي أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار . ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد ، وإنما يفوته الاسترباح وإنه أمر زائد

ليتجر عليها م: (فافتقر ، وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر، لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره ، ولومرض المؤاجر) ش: أراد به المكاري م: (فقعد) ش: عن المضي م: (فكذلك الجواب على رواية الأصل) ش: يعني كذلك ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يرسل من يتبع هذه الغاية

م: (وذكر الكرخي أنه عذر ، لأنه لايعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة) ش: فهي كالمرض م: (دون الاختيار) ش: نحو ما بدا له عن السفر بتغير رأيه م: (ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر ، لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد) ش: وهو إبقاؤه ، وما لزمه إلا قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه من التصرف في المستأجر إلى انتهاء المدة .

م: (وإنما يفوته الاسترباح) ش: بأن يتصرف فيه قبل مضي المدة م: (وإنه) ش: أي الاسترباح م: (أمر زائد) ش: إذ لو نقضنا الإجارة به لما سلمت إجارة أبداً ولبطلت حوائج الناس، ثم هل يجوز هذا البيع ؟ .

اختلفت الروايات فيه ، قال شمس الأئمة : والصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع ، وإليه مال الصدر الشهيد ، حتي لو قال ينبغي أن يكتب المفتي في جوابه لا يجوز في حق المستأجر ولو جاز أيام الفسخ ينفذ البيع وتنفسخ الإجارة .

وعند الشافعي - رحمه الله - في قول ومالك : ويصح البيع من المستأجر دون غيره . وقال في « مختصر الطحاوي » ومن أجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدة فيها ونقض البيع عليه فيها فإن بعضه كان منتقضًا ولم يعد بعد ذلك ، وإن لم ينقضه حتى فرغت الدار من الأجرة تم ذلك البيع فيها وهو قول أبي يوسف - رحمه الله - القديم .

وروى عنه أصحاب « الإملاء » أنه قال : لا سبيل للمستأجر إلى نقض البيع فيها والإجارة فيها كالعيب فيها ، فإن كان المشتري عالمًا به فقد برئ البالغ منه وللمشتري قبض الدار بعد انقضاء الإجارة فيها ، وإن لم يكن علم بذلك كان بالخيار إن شاء نقض البيع فيها للعيب الذي وجده بها ، وإن شاء أمضاه .

قال : وإذا استأجر الخياط غلامًا فأفلس وترك العمل فهو عذر ، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده ، وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه .

وقال الأسبيجابي في « شرح الطحاوي » : ومن أجر داراً ثم باعها قبل انقضاء مدة الإجارة فإن البيع جائز فيما بين البائع والمشتري ، حتى أن المدة لو انقضت كان البيع لازمًا للمشتري ، وليس له أن يمنع عن الأخذ إلا إذا طالب المشتري البائع بالتسليم قبل انقضاء مدة الإجارة فلم يمكنه ذلك وفسخ القاضي العقد فيما بينهما ، فإنه لا يعود جائزاً بمضي المدة . ولو أن المستأجر أجاز البيع جاز وبطلت الإجارة فيما بقي من المدة . ولو فسخ فإنه لا ينفسخ البيع بينهما حتى أن المدة إذا انقضت كان للمشتري أن يأخذه، هذا في ظاهر الرواية .

وروى الطحاوي - رحمه الله - عن أبي حنيفة ومحمد - رحمه الله - أن المستأجر له أن ينقض البيع ، فإذا نقض البيع فإنه لا يعود . وروي عن أبي يوسف أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع والإجارة فيها كالعيب ، وقد ذكرنا حكمه الآن . ولو آجر داره من رجل ثم أجرها من آخر فإن عقد الثاني يكون موقوفًا على إجارة المستأجر الأول فإن أبطله بطل ، بخلاف البيع فإن هناك إن أبطله لم يبطل .

والفرق أن عقد الإجارة على المنفعة وهي مملوكة للمستأجر الأول، فإن أجاز مالكها جاز وإلا لا ، وأما البيع فإنما يقع على العين وهي مملوكة للمؤجر ، إلا أن للغير حقًا فيه فإن زال حق الغير نفذ البيع . ولو أجاز المستأجر الأول الإجارة الثانية صحت الإجارة الثانية ، والأجرة للمستأجر الأول . ولا تكون لصاحب الدار ، بخلاف البيع ، لأن هناك الثمن لصاحب الملك ، والفرق ما ذكرنا ، وبالإجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمض مدة الثاني فإذا مضت فحينئذ تنقضي المدتان جميعًا إن كانت مدتهما واحدة ، وإن كانت مدة الثاني أطول من مدة الأول فللأول أن يسكن الدار حتى تتم المدة .

وكذلك لو رهنها المؤجر قبل انقضاء مدة الإجارة والعقد جائز فيما بينه وبين المرتهن ولكن للمستأجر أن يحبس إلى أن تنقضي مدته ، ولو رهن داره من رجل وقبضها المرتهن ثم باعها الراهن من آخر فالعقد جائز بين البائع والمشتري .

وفي حق المرتهن لا يجوز ، وله أن يحبسه حتى يستوفي ماله ، فإذا أمسكها الراهن يسلم الدار إلى المشتري ، إلا أن ها هنا إذا أجر المرتهن جاز ويسلم الدار إلى المشتري والثمن يكون رهنًا مكان الدار ، لأن له حق حبس العين ، وكذا بدله .

م: (**قال : وإذا استأجر الخياط غلامًا فأفلس وترك العمل فهو عذر ، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله ، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه**) ش: بأن يشتري

أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه . وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانًا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذراً ذكره في الأصل ، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أما ها هنا العامل شخصان فأمكنهما . ومن استأجر غلامًا ليخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر ، لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد ، لأن خدمة السفر أشق ، وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً

الثياب ويخيطها ويبيعها كما هو عرف أهل الكوفة م: (**أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط**) ش: بكسر الميم وهو اسم للآلة التي يخاط بها الثياب .

م: (**والمقراض**) ش: بكسر الميم اسم للآلة التي يقطع بها الثياب من القرض وهو القطع ، وسمي المقص أيضًا م: (**فلا يتحقق الإفلاس فيه**) .

ش: قيل : ويتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه ، أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث إن الناس لا يأتمنون على أمتعتهم .

م: (**وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية . وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله**) ش: أي جعله محمد - رحمه الله - م: (**عذراً ذكره في الأصل**) ش: أي في « المبسوط» .

م: (**لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أما ها هنا**) ش: أي في مسألة ترك الخياطة وإرادة عمل الصرف م: (**العامل شخصان**) ش: أحدهما المستأجر والآخر الغلام المستأجر م: (**فأمكنهما**) ش: العمل لعدم التعذر .

م: (**ومن استأجر غلامًا ليخدمه في المصر ثم سافر فهو**) ش: أي سفره م: (**عذر**) ش: فتفسخ به الإجارة م: (**لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد ، لأن خدمة السفر أشق. وفي المنع من السفر ضرر، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً**) ش: وفي « الذخيرة » : لو قال المؤجر للقاضي : إنه لا يريد السفر ولكن يريد فسخ الإجارة ، وقال المستأجر : أريد السفر فيقول القاضي للمستأجر مع من تخرج ؟ فإن قال : مع فلان وفلان فالقاضي يسألهم أن فلانًا هل يخرج معكم؟ ، وهل استعد للخروج ؟ ، فإن قالوا : نعم يثبت العذر وإلا فلا . وقيل القاضي يحكم بزيه وثيابه . ، فإن كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافراً وإلا فلا .

وقيل : لو أنكر المؤجر السفر فالقول له .

وكذا إذا أطلق لما مر أنه يتقيد بالحضر ، بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر، لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر

وقيل: القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت على السفر وإليه مال القدوري والكرخي. ولو أراد رب العبد السفر لا يكون ذلك عذراً .

م: (**وكذا إذا أطلق**) ش: أي إجارة العبد للخدمة قبل أن يقول استأجرت هذا العبد للخدمة ولم يقل في الحضر أو في السفر لايكون له أن يسافر به م: (**لمامر أنه يتقيد بالحضر**) ش: أي لمامر في فصل إجارة العبد من أنه ليس له أن يسافر به ، إلا أن يشترط ذلك .

م: (**بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر ، لأنه لا ضرر ، إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر**) ش: للمستأجر ، والضرر مدفوع ، والله أعلم .

***

مسائل منثورة

قال : ومن استأجر أرضًا أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعد في هذا التسبيب ، فأشبه حافر البئر في دار نفسه ،

م: (**مسائل منثورة**)

ش: مسائل مرفوع على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي هذه مسائل . وقوله منثورة بالرفع صفة المسائل ، وتقدم معنى النثر .

م: (**قال : ومن استأجر أرضًا أو استعارها فأحرق الحصائد**) ش: وهو جمع حصيد وهو الزرع المحصود ، وأريد ها هنا ما يبقى من أصول الزرع المحصود في الأرض ، وحصد الزرع جزه من باب طلب وضرب م: (**فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعد في هذا التسبيب**) ش: وفي بعض النسخ في هذا السبب فإنه مسبب لا مباشر ، والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب م: (**فأشبه حافر البئر في دار نفسه**) ش: فإن من حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان فهلك لا يضمن .

ولو رمى سهمًا في ملكه فأصاب إنسانًا أو مالاً فهلك يضمن ، لأنه مباشر فلم يتوقف على التعدي ، ولهذا ، لأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر ، فأما التسبيب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة ، وإحراق الحصائد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف إليه .

ونقل صاحب « الأجناس » عن زيادات الأصل : لو وضع جمراً في الطريق فحركته الريح فذهب به من ذلك الموضع فأحرق شيئًا لم يضمن من قبل أنه قد تغير عن حاله التي وضع عليها . وكذلك وإذا وضع حجراً .

وفي « الواقعات » : رجل أحرق شوكًا أو بيتًا في أرض ، فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره فأحرق أرضه ، إن كانت النار تبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة فلا ضمان عليه ، لأن ذلك حصل بفعل النار وأنه جبار ، ولو كان أرضه على وجه يصل إليه شرر النار فإنه يضمن ، لأن له أن يوقد النار في أرضه ، ولكن على وجه لا يتعدى ضرره إلى أرض جاره ، وهذا كما إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره . وكذلك لو أن رجلاً اتخذ في داره هدفًا يرمي إليه فجاز السهم داره وصار إلى دار جاره وقتل رجلاً أو أفسد مالاً فهو ضامن قيمة المال ودية المقتول على عاقلته .

وكذلك الحداد لو أخرج الحديدة من الكورة وذلك في حانوته ووضعه على العلاة وضربه بمطرقة فخرج شررها إلى طريق العامة فأحرق رجلاً أو فقأ عينه فديته على عاقلته . ولو أحرق ثوب إنسان فقيمته على الحداد في ماله . ولو لم يضربه بالمطرقة حتى وضعه على العلاة فأخرج

وقيل : هـذا إذا كانت الرياح هادنة ثم تغيرت . أما إذا كانت مضطربة يضمن ،لأن موقـد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه . قال : وإذا قعـد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز ، لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا لوجاهته يقبل وهذا لحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة ، فلا تضره الجهالة فيما يحصل .

الريح شرره فأصاب ما أصاب فهو هدر .

وفي «المسائل » : سقى أرضه فسال من مائه في أرض رجل فغزتها أو ترت لا ضمان عليه ، لأنه غير متعد في التسبيب . وكذا إذا أحرق كلأ أو حصائد في أرضه فذهب النار فأحرق شيئًا لغيره لم يضمن لا جرم وإن كان يوم ريح فعلم أنه يذهب منها فقيل يضمن .

م: (**وقيل هذا**) ش: قائله شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - . وقال الأترازي - رحمه الله - ، أي قال المشايخ - رحمهم الله - ، هذا الذي قاله محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير » عن عدم الضمان بإحراق الحصائد إذا احترق شيء من أرض أخرى م: (**إذا كانت الرياح هادنة**) ش: حين أوقد النار .

قال السغناقي - رحمه الله تعالى - : «هادنة» بالنون أي ساكنة من هدن إذا سكن ، وفي نسخة هادئة من هدأ بالهمز ، أي سكن ، قال الشاعر :

إن السباع لتهدي في فراسيها والناس ليس بهاد شرهم أبداً

أي لتسكن. وأصله لتهدأ بالهمزة ، حذفه الشاعر وقبله بيت آخر وهو :

ليت السباع لنا كانت مجاورة فإننا لا نرى فيمن ترى أحدا

م: (**ثم تغيرت**) ش: قويت واشتدت م: (**أما إذا كانت مضطربة**) ش: حين أوقدها م: (**يضمن ، لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه**) ش: ولكنها تذهب بها إلى أرض الجيران ، فصار كأنه ألقاها في أرضهم .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا قعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف**) ش: بأن كان صاحب الدكان ذا جاه لا حذاقة له في العمل فأقعد من يعلم ويعمل بالنصف م: (**فهو جائز**) ش: أي استحسانًا م: (**لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا لوجاهته يقبل ، وهذا لحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل**) .

ش: وفي القياس لا يجوز ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ، ولأن التقبل للعمل على ماذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول ، وإن تقبل العمل العامل كان مستأجراً لموضع

قال : ومن استأجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد . وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي - رحمه الله - للجهالة ، وقد يفضي ذلك إلى المنازعة . وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم ، والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضي ذلك إلى المنازعة . وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر . قال : وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود ، لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء

جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول .

والطحاوي - رحمه الله- مال إلى وجه القياس ، وقال : القياس عندي أولى من الاستحسان ، وقد علل الشراح في وجه الاستحسان بأن هذه ليست بإجارة ، وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل ، وهذا مخالف لما ذكره المصنف ، فإنه صرح بأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة، ولكن قوله فهذا لوجاهته يقبل ، وهذا لحذاقته يعمل النسب لشركة التقبل على مالا يخفى ، ثم إن هذا إذا كانت شركة لا إجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة .

م: (**قال : ومن استأجر جملاً يحمل عليه محملاً**) ش: بفتح الميم الأولى وكسر الثانية وهو الزوج من المحارة يعقد في كل واحد شخص . وفي المغرب بفتح الميم الأولى وكسر الثانية ، وعلى العكس الهودج الكبير الحجاجي م: (**وراكبين إلى مكة جاز**) ش: هذا العقد م: (**وله**) ش: أي للمستأجر .

م: (**المحمل المعتاد**) ش: أراد أنه يتعين المحمل المعتاد بين الناس م: (**وفي القياس لايجوز وهو قول الشافعي - رحمه الله - للجهالة**) ش: وأحمد في الطول والعرض والثقل م: (**وقد يفضي ذلك إلى المنازعة**) ش: فلا يجوز .

م: (**وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم**) ش: لأن أجسام الناس متقاربةفي الغالب م: (**والمحمل تابع**) ش: للراكب م: (**وما فيه**) ش: أي في المحمل م: (**من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف**) ش: أي إلى المحمل المتعارف م: (**فلا يفضي ذلك إلى المنازعة**) ش: فيجوز م: (**وكذا**) ش: أي يجوز أيضًا . م: (**إذا لم ير**) ش: أي الجمال م: (**الوطاء**) ش: بكسر الواو وبالمد وهو الفراش م: (**والدثر**) ش: بضم الدال والثاء المثلثة جمع . وقال وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره م: (**قال : وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود ، لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء**) ش: لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلاً .

وفي « المحيط » : استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان ومالهما من الوطاء والدثر ولم ير الجمال الوطاء والدثر وعلى الآخر زاملته عليه كذا مختومًا من السويق وما يصلحه من الزيت والخل وما يكفي من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الحبل

قال : ومن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز أن يرد عوض ما أكل ، لأنه استحق عليه حملاً سمي في جميع الطريق فله أن يستوفيه . وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ، ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء ، فلا مانع من العمل بالإطلاق .

والمعاليق من قربة والميضأة والمطهرة ولم يبين وزنه ، أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ، أما لحمل الناس فهذا جائز استحسانًا للتعارف ، وله أن يحمل ما هو متعارف .

وحكي مثله عن مالك -رحمه الله- وقال الشافعي وأحمد -رحمهما الله- : لا بد من معرفة المحمل والوطاء والدثر والمعاليق وتقدير الزاملة . واختلف أصحاب الشافعي -رحمهم الله- في المعاليق كالقدر ومثله فقيل : لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً ، وقيل : فيه قولان .

م: (**قال : ومن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز أن يرد عوض ما أكل**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله- في قول وأحمد -رحمه الله- . وفي قول : يعتبر العرف إن جرى بالاستبدال يستبدل وإلا لا ، وبه قال مالك -رحمه الله- ، وهذا الخلاف إذا أطلق ، أما إذا شرط الاستبدال فلا خلاف ، ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بلا خلاف ولو سرق أو هلك بغير أكل أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف م: (**لأنه استحق عليه حملاً سمي في جميع الطريق فله أن يستوفيه ، وكذا غير الزاد**) ش: أي وكذا له أن يرد غير الزاد فيما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدراً معينًا م: (**من المكيل والموزون**) ش: إذا نقص منهما ، ويحتمل أن يكون المعنى وله أن يرد المكيل أو الموزون مثل ما أكل من الزاد، قاله تاج الشريعة .

م: (**ورد الزاد معتاد عند البعض**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال مطلق العقد محمول على العادة ، وفي عادة المسافرين لا يردون شيئًا مكان ما أكلوا . فأجاب بقوله ورد الزاد معتاد عند بعض الناس م: (**كرد الماء**) ش: فإنهم يردون بدله عند الشرب والاستعمال ، فإذا العرف مشترك فلا يصلح مقيداً م: (**فلا مانع من العمل بالإطلاق**) ش: وهو أنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ، ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملاً بالإطلاق وعدم المانع .

فرع : وفي «المحيط» : اشترك اثنان في إجارة دابة على أن يتعاقبا في الركوب ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف ، وبه قالت الثلاثة . وقال المزني لا يجوز أكثر العقبة إلا مضمونة في الذمة وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان والفرسخ ، والله أعلم .

***

كتاب المكاتب

قال : وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبًا .

م: (كتاب المكاتب)

ش: المناسبة بين الكتابين كون كل منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة يخرج النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة قبل ذكره عقب العتاق كان أنسب ، لأن في الكتابة الولاء ، والولاء حكم من أحكام العتق .

ورد بأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ، والكتابة ليست كذلك ، بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للإجارة ، لأن نسبة الذاتيات أولى من العرضيات ، وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط ، فكان أنسب بالتقديم .

ثم الكتابة مأخوذ من الكتاب وهو الجمع ، يقال كتبت البغلة إذا جمعت بين شفريها بحلقة، ومنه كتبت الكتاب ، لأنه جمع الحروف ، وسمي هذا العقد كتابة لما فيه من جمع النجم إلى النجم . وقيل : سمي كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى وللمولى على العبد .

فإن قيل : سائر العقود يوجد فيها معنى الكتابة فلم لا يسمى بهذا الاسم ؟

أجيب : بأنه لا يبطل التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم لقرار المائع فيها ، ولم يسم الكوز ونحوه قارورة وإن كان يقر المائع فيه لئلا تبطل الأعلام .

وشرعًا هو عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه يوجب التحرير يدًا في الحال ، ورقبة في المآل ، ولا يلزم عليه تعليق العتق على مال ، لأنه لا يحتاج فيه إلى لفظ الكتابة ، بل يحصل بقوله أعتقتك على كذا .

والفرق بينهما في الحكم أن الكتابة عقد يقال ويفسخ ، بخلاف العتق ، لأنه من جانب المولى يمين والمكاتب بملك كتابة عبد أو المعتق على مال .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبًا**) ش: إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التي تقتضي الاشتراك بين الاثنين ، لأن المولى كتب على نفسه العتق والعبد الأداء فاشتركا في أصل الفعل فالمولى مكاتب بكسر التاء ، والعبد مكاتب بفتحها ، ويأتي الآن بيان القيود التي فيه .

أما الجواز فلقوله تعالى : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ (النور : الآية ٣٣) ، وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ، وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ، إذ هو مباح بدونه . أما الندبية فمعلقة به ، والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح لو فعله .

م: (**أما الجواز**) ش: أي جواز الكتابة يعني الدليل على جوازها م: (**فلقوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ (النور : الآية ٣٣)**) ش: أي كاتبوا الذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم ودلالة هذا على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب ، سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره .

ولما كان مقصود المصنف - رحمه الله - بيان أن عقد الكتابة أمر مندوب أو واجب تعرض لذلك بقوله م: (**وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء**) ش: أي قوله ﴿**فكاتبوهم**﴾ ليس أمر إيجاب ، واحترز بقوله الفقهاء عن داود الظاهري ومن تابعه ، وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب عن الشافعي - رحمه الله - ورواية عن أحمد -رحمه الله - فإنهم قالوا تجب الكتابة إذا سئل العبد ، وكان ذا أمانة وذا كسب ، لأن الأمر للوجوب .

ونفى المصنف ذلك بقوله : م: (**وإنما هو أمر ندب هو الصحيح**) ش: احترز به عن قول بعض مشايخنا إن الأمر للإباحة ثم بين ما يلزم من المحذور من هذا القول بقوله م: (**وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط**) ش: وهو قوله تعالى ﴿ **إن علمتم فيهم خيراً** ﴾ (النور : الآية ٣٣) .

م: (**إذ هو**) ش: أي عقد الكتابة م: (**مباح بدونه**) ش: أي بدون الشرط . تقريره أن في الحمل على الإباحة ألغى الشرط ، لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله تعالى منزه عن ذلك . وفي الحمل على الندب إعمال له ، لأن الندبية معلقة به ، وهو معنى قوله م: (**أما الندبية فمعلقة به**) ش: أي بالشرط ، وبين ذلك بقوله م: (**والمراد بالخير المذكور**) ش: يعني في قوله تعالى : ﴿ **إن علمتم فيهم خيراً** ﴾ .

م: (**على ما قيل : أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه**) ش: بأن كان غير أمين ولا مشتغل بالكسب م: (**وإن كان يصح لو فعله**) ش: واصل بما قبله ، يعني وإن كان يضر بهم لو فعل المولى عقد الكتابة صح ، وفسرت الثلاثة الخيرية بمثل قولنا وهي الأمانة والكسب ، وبه قال عمرو بن دينار .

وعن ابن عباس -رضي الله عنهما - وابن عمر ، وعطاء : الخير الكسب خاصة . وعن الثوري والحسن البصري أنه الأمانة والدين خاصة ، وقيل هو الوفاء والأمانة والصلاح . وإذا فقد الأمانة فالكسب لا يكره عندنا . وبه قال الشافعي ومالك -رحمهما الله- . وقال أحمد

وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه . ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه الصلاة والسلام: « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ،

وإسحاق وأبو الحسين بن القطان من أصحاب الشافعي -رحمه الله- يكره .

م: (**وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه ، فلا بد من التزامه**) ش: وبه قالت الثلاثة - رحمهم الله - م: (**ولا يعتق إلا بأداء كل البدل**) ش: وهذا قول جمهور الفقهاء م: (**لقوله عليه الصلاة السلام : « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد »**) ش: هذا الحديث أخرجه الأربعة : وأبو داود والنسائي في العتق والترمذي في «البيوع» ، وابن ماجة في « الأحكام» عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « **أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق فهو عبد وإذا عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد** »[1] .

هذا لفظ أبي داود .

ولفظ الترمذي سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **من كاتب عبدًا على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ، أو قال عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق** » ، وقال غريب .

ولفظ ابن ماجة « **أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ثم عجز فهو رقيق** » . وأخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس الحريري ، عن عمرو بن شعيب به وكذلك الحاكم في المستدرك وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه كلاهما بلفظ أبي داود .

م: (**وقال عليه الصلاة والسلام : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم**) ش: هذا أخرجه أبو داود في العتاق عن إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : « **المكاتب عبد ما بقي من كتابته درهم** »[2] ، وفيه إسماعيل بن عياش لكنه عن شيخ شامي وهو ثقة .

وأخرجه ابن عدي في « الكامل » عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أم سلمة أنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **المكاتب عبد ما بقي عليه درهم أو أوقية** » ، وسليمان بن أرقم ضعيف .

---

(١) حسن : رواه أبو داود (٣٩٢٦) ، والترمذي (١٢٨٣) ، وابن ماجة (٢٥١٩) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٢) رواه أبو داود (٣٩٢٩) من طريق إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . مرفوعًا .

قلت: وإسناده حسن . وأخرجه ابن عدي في الكامل (٣/ ٢٥٢) ، وفيه سليمان بن أرقم وهو متروك .

وفيه اختلاف الصحابة -رضي الله عنهم- . وما اخترناه قول زيد - رضي الله عنه .

وعن أحمد وأبي داود والنسائي وابن معين أنه متروك . وقال ابن عدي : ولعل البلاء فيه من المسيب بن شريك وهوالذي رواه عن سليمان ، فإنه أشر من سليمان .

وروى مالك - رحمه الله - في « الموطأ » عن نافع عن ابن عمر موقوفًا : «**المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته**» [1] ، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا على عمر وابن عمر وعلي وزيد بن ثابت وعائشة -رضي الله عنهم- لم يروه مرفوعًا أصلا . والعجب من الأترازي - رحمه الله- بقوله : وقوله قال ﷺ : « **المكاتب عبد ما بقي عليه درهم** » من كلام زيد بن ثابت .

ثم نقول ولكن روى الشيخ أبو جعفر الطحاوي - رحمه الله - في « شرح الآثار» وقال حدثنا الخطاب بن عثمان قال حدثنا إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « **المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم** » ، فنفى أولاً أن يكون هذا مرفوعًا إلى النبي ﷺ ، ثم استدرك وقال : رواه الطحاوي .

م: (**وفيه اختلاف الصحابة -رضي الله عنهم-**) ش: أي وفي وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة -رضي الله عنهم- ، فعند ابن عباس -رضي الله عنهما- يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه يعني يعتق بنفس العقد ، وهو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة .

روى عبد الرزاق في « مصنفه » عن عكرمة بن عمار عن يحيى بن أبي كثير أن ابن عباس- رضي الله عنه - قال : إذا بقي عليه خمس أواق أو خمسة أوسق فهو غريم . وعند ابن مسعود يعتق إذا أدى قيمة نفسه ، وروى عبد الرزاق أيضًا عن المغيرة عن إبراهيم عن ابن مسعود قال : إذا أدى قدر ثمنه فهو غريم ، وعند زيد بن ثابت لا يعتق ولو بقي عليه درهم ، وهو الذي اختاره أصحابنا ، أشار إليه بقوله : م: (**وما اخترناه قول زيد -رضي الله عنه-**) ش: أي زيد بن ثابت - رضي الله عنه - ، وإنما اختاره لأنه مؤيد بالأحاديث التي ذكرناها آنفًا ، وبه قال الثلاثة أيضًا .

وحديث زيد أخرجه الشافعي - رحمه الله - في« مسنده» أخبرنا ابن عيينة عن ابن نجيح عن مجاهد أن زيد بن ثابت -رضي الله عنه - قال في المكاتب : هو عبد ما بقي عليه درهم ، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا سفيان الثوري عن ابن نجيح به سواء ومن طريق الشافعي- رحمه الله - رواه البيهقي في «سننه » ، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه » أخبرنا ربيع عن سفيان به وذكره البخاري في «صحيحه» تعليقًا فقال : وقال زيد بن ثابت : هو عبد

---

(١) رواه مالك في الموطأ في باب المكاتب (ص ٣٠٦) .

ما بقي عليه درهم .

وعند علي - رضي الله عنه - يعتق بقدر ما أدى ، وبه قالت الظاهرية عن عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن طارق بن عبد الرحمن عن الشعبي أن عليًا -رضي الله عنه - قال : في المكاتب يعجز قال يعتق ، وبمثل ما ذهب إليه زيد روي عن عمر وعثمان وابن عمر وعائشة وأم سلمة -رضي الله عنهم ، روى ابن أبي شيبة في «مصنفه » حدثنا خالد الأحمر عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن معمر الجهني عن عمر -رضي الله عنه - قال : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » .

وأخرج أيضًا عن يزيد بن هارون عن عباد بن منصور عن حماد بن إبراهيم عن عثمان - رضي الله عنه - قال : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وأخرج عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني عبد الكريم بن أبي المحارق أن زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة -رضي الله عنهم - كانوا يقولون: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وأخرج أيضًا عن ابن معشر عن سعيد المقبري عن أم سلمة زوج النبي ﷺ قالت : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » .

م: (**ويعتق بأدائه**) ش: أي يعتق المكاتب بأدائه جميع بدل الكتابة م: (**وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر**) ش: الضمير في أديتها يرجع إلى الألف مثلا أو نحوها ، ويرجع إلى المال، ولكن التأنيث باعتبار المكاتبة ، فإن المكاتبة قد تطلق على البدل ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - .

وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا إن أديته فأنت حر . وفي «شرح الوجيز» : ولو لم يصرح بتعليق العتق بالأداء ولكن نواه عليه في كاتبتك على كذا صحت الكتابة ، وإن لم يصرح بالتعليق ولا نواه لم يحصل العتق ولم تصح الكتابة .

وعن بعض الصحابة إن كان الرجل فقيهًا صحت كتابته بمجرد لفظ كاتبتك على كذا وإلا فلا بد من تعليق الحرية أو بيته ، وأصلا لاختلاف راجع إلى تفسير الكتابة شرعًا ، فعند ضم نجم إلى نجم فلو صرح وقال : ضربت عليك ألفًا على أن تؤديها إلي في كل شهر كذا لا يعتق .

وكذا إذا قال : كاتبتك ولم يقل : إن أديت إلي فأنت حر لا يعتق ، فكذا هنا . وعندنا هو ضم حرية اليد إلي حرية الرقبة عند الأداء فلا يحتاج إلى تعليق العتق بالأداء كما في « مبسوط » شيخ الإسلام .

لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

م: (لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به) ش: أي بالشرط ، وهو قوله : إن أديت أو إذا أديت ، وقد حققنا أصلا الخلاف الآن . وفي شرح « الكافي » : والحاصل أنه إذا قال لعبده : كاتبتك على ألف درهم على أن تؤدي إلي كل شهر كذا فأنت حر ، فإنه يكون كتابة ، لأن معنى الكتابة ليس إلا الإعتاق على مال مؤجل بنجم بنجوم معلومة ولكن إنما يجوز إذا قبل الكتابة ، لأنه عقد معاوضة فلا بد من الإيجاب والقبول .

وكذلك لو قال كاتبتك على ألف درهم ونجمه وسمى النجوم وقبل العبد فإنه يكون كتابة وإن لم يعلق المعتق بالأداء ولم يقل على أنك إن أديت إلي ألفًا فأنت حر ، لأنه عقد معاوضة فيعتق بحكم المعاوضة لا بحكم الشرط . وعلى قول الشافعي لا بد من التعليق بشرط الأداء . ولو قال لعبده : إن أديت إلي ألفًا فأنت حر فأداه يعتق ، لأن المعتق معلق بالأداء فقد وجد شرطه . قال الكرخي : ولا يكون هذا كتاية وإن كان ثمة معنى الكتابة من وجه ، حتى إن العبد إذا جاء بالبدل فإنه يجبر على قبوله .

أي يصير المولى قابضًا له بالتخلية كما في الكتابة وإن لم يقبل المولى استحسانًا عندنا ، خلافًا لزفر ، فبيان التفرقة بين التعليق والكتابة في مسألة فإنه إذا مات العبد هنا قبل الأداء فترك مالاً فالمال كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق ، بخلاف الكتابة . وكذا لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع اكتسابه ، بخلاف الكتابة . ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها .

ولو قال : العبد للمولى حط عني مائة فحطه المولى عنه فأدى تسعمائة فإنه لا يعتق ، بخلاف الكتابة . ولو أبرأ المولى عن الألف العبد لم يعتق . ولو أبرأ الكاتب عن بدل الكتابة يعتق . ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه يجبر على القبول عند أبي يوسف . وقال محمد في « الزيادات » : لا يجبر على قبولها ، فإن قبلها عتق ، وكذلك لو رد إليه بخيار أو عيب .

وأما الإعتاق على مال فهو خلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالأداء ، فإنه إذا قال لعبده : أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبًا في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبتك وقبل ذلك فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبًا في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبتك ، وقيل ذلك فإنه يعتق كذا في « التحفة » وغيره .

م: (كما في البيع) ش: يعني كما يحتاج ثمة إلى قول البائع للمشتري إن ملكتني الثمن ملكت المبيع إن دخول هذا لا لمعنى في مقتضى لفظ البيع ، يعني عن التصريح به بكذا ، هذا لا يحتاج إلى التصريح بقوله إن أديت كذا فأنت حر .

م: (ولا يجب حط شيء من البدل) ش: أي من بدل الكتابة عن العبد ، بل هو مندوب وبه قال مالك والثوري . وقال الشافعي وأحمد : يجب به .

وقال أصحاب الظاهر : وفي وقت وجوبه وجهان : أحدهما بعد العتق ، والثاني بعد أداء أكثر البدل ، وقدره الشافعي بما يقع عليه اسم المال لاختلاف أقوال الصحابة في قدر المحطوط والأقل يتنفر ، وكذا قال صاحب « العناية » . وقال الشافعي : يستحق عليه ربع البدل وهو قول عثمان -رضي الله عنه - .

قلت : نص الشافعي ما ذكرناه وحط ربع البدل هو قول أحمد وأسند الشافعي - رحمه الله - بقوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ (النور : الآية ٣٣) ، ومطلق الأمر للوجوب .

ولنا ما أشار إليه بقوله م: (اعتباراً بالبيع) ش: أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه ، كما لا يجب في البيع ، والأمر في الآية للندب ، لأنه معطوف على الأمر بالكتابة ، لأن الأصل أن يكون المعطوف في حكم المعطوف عليه ، كذا في «المبسوط» و«الزيادات» هذه جملة تامة فلا يوجب المشاركة كما في قوله تعالى : ﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ (البقرة : الآية ٤٣) .

وأجيب : بأن هذا ليس مثل تلك الجملة ، لأن الثانية مرتبطة بالأولى برجوع الضمير إليها ، فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالعطف ، وفيه نوع تأمل ، والتحقيق أن دلالة الآية على ما ادعاه حقيقة جداً ، لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكاة ، فكأن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين في صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء والحط لا يسمى إعطاء ، والمال الذي آتانا الله هو في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين ، فحمله على حط شيء من بدل الكتابة عمل بلا دليل .

وقال ابن حزم في « المحلى » : ناقض الشافعي في قوله حيث حمل قوله تعالى ﴿فكاتبوهم﴾ على الندب ، وقوله ﴿ وآتوهم ﴾ على الوجوب وهذا محكم انتهى .

وقال ابن جرير الطبري في « التهذيب » : وفي حديث بريرة أيضًا الدلالة على صحة قولنا في قوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله ﴾ (النور : الآية ٣٣) ، يعني من أهل الأموال الذين وجبت في أموالهم الصدقات فأمرهم الله تعالى بإعطاء المكاتبين منها ما فرض لهم فيها بقوله تعالى ﴿وفي الرقاب ﴾ ولولا ذلك لم تكن بريرة تسأل عائشة -رضي الله عنها - ، ولا ضرورة لها مع إمكان عجزها عن الكتابة إذا لم تجد سبيلا لا إلى الأداء والرجوع إلى ما كانت عليه من وجوب

قال : ويجوز أن يشترط المال حالاً ويجوز مؤجلاً ومنجمًا . وقال الشافعي : لا يجوز حالاً ولا بد من نجمين ،

نفقتها على مواليها ، ولكنها لما علمت إن شاء الله تعالى ما فرض في أموال أهل الأموال لمن كان بمثل حالها حقًا بقوله تعالى ﴿ **وآتوهم من مال الله الذي آتاكم** ﴾ وبقوله ﴿ **وفي الرقاب** ﴾ تعرضت لطلب ذلك ، وفي ذلك دلالة بينة على أن المراد بقوله تعالى ﴿ **وآتوهم** ﴾ أهل الأموال .

والدلالة على خطأ من زعم أن قوله تعالى ﴿ **وآتوهم** ﴾ يعني به أموال المكاتبين خاصة دون سائر الناس غيرهم ، وإنهم أمروا أن يضعوا عنهم من كتابتهم ولولا كان كما قالوا لقال منعوا عنهم من كتابتهم ، ولو كان أمر بإعطائهم من مال الله كتابتهم لقال من مال الله الذي آتاكم ، فإذا لم يكن ذلك محصوراً على أموالهم كان معلومًا أنه خطاب لذوي الأموال بإتيانهم ما فرض الله لهم في أموالهم ، انتهى .

ولئن سلمنا أن المراد بذلك الموالي فالأمر محمول على الندب كما فعل الشافعي - رحمه الله - في قوله تعالى ﴿ **فكاتبوهم** ﴾ وكما مثل هو وغيره في الأمر بالإشهاد على البيع والكتابة ، وقد قالت بريرة : كاتبت أهلي على تسع وأدنى ، وقالت عائشة -رضي الله عنها - إن أحب أهلك أن أعدها لهم ، فلو كان الحط واجبًا لقال ﷺ : عليها أقل من ذلك إن عليهم أن يحطوا عنها ولأخبر عائشة - رضي الله عنها - بسقوط البعض عنها .

وفي الصحيح أن بريرة جاءت النبي ﷺ تستعين في كتابتها ، فقال ﷺ : «**اقضي عنك كتابتك** » فدل على وجوب الجميع عليها ولا يرون حطيطه لها منه ، وأعان ﷺ سلمان على كتابته ولم يأخذ مولاه بحط شيء منها ، وكل ما ذكره البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة -رضي الله عنهم - أنهم وضعوا شيئًا من الكتابة فليس في شيء منه أنهم كانوا يرون ذلك واجبًا عليهم فحمل على أنهم فعلوا ذلك على سبيل الندب والفضل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ويجوز أن يشترط المال حالاً**) ش: أراد بالمال بدل الكتابة م: (**ويجوز مؤجلا**) ش: بأن يجعله إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين م: (**ومنجمًا**) ش: أي مقسطًا مؤقتًا ، واشتقاقه من النجم وهو الساطع ، ثم سمي به الوقت ، ومنه سمي المنجم ، ثم سمي ما يؤدي فيه من الوظيفة ، ثم منه فقالوا : نجمت المال إذا أديت نجومًا ، والكتابة الحالة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم ، وبه صرح الولوالجي في «فتاواه» ، والكتابة المؤجلة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم إلى سنة يؤدي كل شهر من النجم، كذا وكل ذلك جائز .

م: (**وقال الشافعي : لا يجوز حالاً**) ش: غير مؤجل م: (**ولا بد من نجمين**) ش: وبه قال

لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق ، بخلاف السلم على أصله ، لأنه أهل للملك ، فكان احتمال القدرة ثابتًا ، وقد دل الإقدام على العقد عليها ، فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم . ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ،

أحمد في ظاهر الرواية م: (**لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل**) ش: أي لأن المكاتب لا يقدر على أداء البدل في الحال م: (**لعدم الأهلية قبله للرق**) ش: أي لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجل الرق ، لأنه كان مملوكًا لا يقدر على شيء وفي زمان يسير لا تثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير .

م: (**بخلاف السلم على أصله**) ش: أي بخلاف السلم على أصل الشافعي - رحمه الله- حيث جوزه م: (**لأنه أهل للملك**) ش: أي لأن المسلم إليه أهل للملك قبل العقد لا يقال هذا إضمار قبل الذكر ، لأنا لا نقول السلم يدل عليه ، لأنه لا تقوم إلا بالمتعاقدين أحدهما المسلم إليه م: (**فكان احتمال القدرة ثابتًا**) ش: وهو عقد جرى بين الحرين والظاهر هو القدرة على ما التزمه م: (**وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت به**) ش: أي إقدام المسلم إليه على عقد السلم عليها أي على القدرة فتثبت أي القدرة .

ولقائل أن يقول : احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت ، لأن المسلمين مأمورون بإعانته والطرق متسعة استدانة وقرض واستيهاب ، واستعانة بالزكاة والكفارات والعشور والصدقات ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت .

م: (**ولنا ظاهر ما تلونا**) ش: وهوقوله تعالى ﴿ **فكاتبوهم** ﴾ م: (**من غير شرط التنجيم**) ش: والتأجيل فلا جواز على النص بالرأي وبقولنا قال مالك - رحمه الله - وفي «الجواهر» قال أبو بكرة : ظاهر قول مالك - رحمه الله - أن التنجيم والتأجيل شرط فيه ، ثم قال : وعلماؤنا النظار يقولون إن الكتابة الحالة جائزة ويسمونها قطاعة وهو القياس .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن عقد الكتابة م: (**عقد معاوضة والبدل معقود به**) ش: أي بالعقد ، تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعتمد المعقود عليه ولا بد منه ، لأنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتاع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة م: (**فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه**) ش: أي على الثمن .

والحاصل أن بدل الكتابة ثمن من وجه ، وهذا لا يجوز الاستدلال به على القبض وبيع من وجه ، وهذا عجز عن الأداء يفسخ العقد فوفرنا على الشبهين حظهما لذلك الفسخ عند العجز ،

بخلاف السلم على أصلنا ، لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه . ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرًا ، بخلاف السلم ، لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق . قال : وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي - رحمه الله - يخالفنا فيه ، وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة ، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ،لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد ، حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق

ولعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد .

م: (**بخلاف السلم على أصلنا ، لأن المسلم فيه معقود عليه فلابد من القدرة عليه**) ش: لما ذكرنا أن العقد يعتمد ولا بد منه م: (**ولأن مبنى الكتابة على المساهلة**) ش: لأنه عقد كرم ، إذ العبد وما يملكه لمولاه م: (**فيمهله المولى ظاهرًا ، بخلاف السلم ، لأن مبناه**) ش: أي مبنى السلم م: (**على المضايقة**) ش: والمماكسة فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه م: (**وفي الحال كما امتنع من الأداء**) ش: أي في عقد الكتابة الحال كما امتنع المكاتب م: (**يرد في الرق**) ش: بالتراضي أو بقضاء القاضي ، بخلاف السلم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الإيجاب و القبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه**) ش: أراد من قوله يعقل يعلم أن السر إيجاب سالب البيع والشراء ، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوسًا وأخذ الحلوى ثم أخذ يبكي ويقول أعطني فلوسي فهو علامة كونه غير عاقل .

وإن أخذ الحلوى ولم يسترد فلوسه فهو عاقل ، كذا نقل عن السلف . قال تاج الشريعة وفي «شرح الطحاوي» : وإذا كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فإنه يجوز ويتوقف على إدراكه ، فإن أدى هذا القابل عتق . والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر - رحمه الله - وفي «الاستحسان» ليس له ذلك .

م: (**والشافعي -رحمه الله- يخالفنا فيه**) ش: أي في الحكم المذكور . وفي بعض النسخ يخالفنا في ذلك م: (**وهو**) ش: أي هذا الخلاف منه م: (**بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة**) ش: فإنه لا يجوز عنده فلا يصح الأول له . وعندنا يجوز ، لأنه من أهل التصرف إذا عقل العقد ونقصان رأيه يتميز برأي الولي والتصرف نافع فيصح الإذن م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرناه م: (**بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد**) ش: لأن العقد لا ينعقد بدون القبول .

م: (**حتى لو أدى عنه**) ش: أي عن الغير غير المميز م: (**غيره لا يعتق**) ش: لأن أداء البدل إنما

ويسترد ما دفع . قال : ومن قال لعبده جعلت عليك ألفًا تؤديها إلي نجومًا أول النجم كذا وآخره كذا ، فإذا أديتها فأنت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق ، فإن هذه مكاتبة ، لأنه أتى بتفسير الكتابة . ولو قال : إذا أديت إلي ألفًا كل شهر مائة فأنت حر ، فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة . وفي نسخ أبي حفص - رحمه الله - لا تكون مكاتبة

يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل م: (**ويسترد ما دفع**) ش: من المال ، لأنه أداء بسبب باطل .

م: (**قال : ومن قال لعبده جعلت عليك ألفًا تؤديها إلي نجومًا أول النجم كذا وآخره كذا، فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة ، لأنه أتى بتفسير الكتابة**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال لعبده إلى آخره. وقوله : لأنه أي لأن المولى .

وفي « الكافي » : صح استحسانًا ، والقياس أن لا يصح ، لأن ذكر النجوم فضل في الكتابة عندنا وجود ذكرها كعدمها ، فبقي قوله : قد جعلت عليك ألف درهم وهو بظاهره ضريبة ، وقوله : إن أديت فأنت حر تعليق .

وجه الاستحسان أن العبرة في العقود للمعاني، ألا ترى أن المضاربة بشرط الربح كله لرب المال بُضاعة وبشرط المضاربة إقراض ، وقد وجد معنى الكتابة هنا ، لأن معنى الكتابة سنة ، وعادة هذا وعند الإطلاق يصح ، فعند التفسير أولى ولابد من قوله : فإذا أديت فأنت حر .

بخلاف قوله : كاتبتك على كذا حيث لا يحتاج عندنا إلى ذكره ، لأن قوله : جعلت عليك ألف درهم على أن تؤديها كما يحتمل معنى الكتابة يعني يحتمل معنى الضريبة فلا يتعين إلا بقوله : فإذا أديت فأنت حر ، بخلاف قوله : كاتبتك ، فإن الاحتمال يتقدم ها هنا . وأما قوله : إن عجزت فأنت رقيق فضل غير محتاج إليه ولا في قوله كاتبتك ، وإنما ذكره للتفسير والحث على أداء المال عند النجوم .

م: (**ولو قال : إذا أديت إليّ ألفًا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب**) ش: لأنه يستعمل التيسير ، وذا إنما يكون عند الوجوب، لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئًا م: (**وذلك بالكتابة**) ش: أي وجوب الدين للمولى على العبد لا يكون إلا بعقد الكتابة ، وأبو سليمان هذا اسمه موسى بن سليمان الجوزجاني صاحب الإمام محمد بن الحسن، وكانت وفاته بعد المائتين من البحرق ، ونسبته إلى جوزجان مدينة بخراسان مما يلي بلخ .

م: (**وفي نسخ أبي حفص -رحمه الله - لا تكون مكاتبة**) ش: أي وفي رواية : لا تكون

اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة . قال : وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه . أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى .

مكاتبة . قال فخر الإسلام في « مبسوطه » : وهو الأصح م: (**اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة**) ش: يعني إذا قال : إن أديت إليّ ألفًا لا تكون كتابة ويكون تعليق الحرية بالشرط ، ولا يلزم قبول العبد والتنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونه كما في الكتابة الحالة ، وصححه التنجيم بدونه كما في الضريبة ولما لم يكن أداء معه وجوداً وعدمًا لم يدل التنجيم على الكتابة والتفاوت بين رواية أبي حفص وأبي سليمان إن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبي حفص، لأن الشرط أن يؤدي كل شهر مائة .

وعلى الرواية الأخرى يعتق ، لأنه أدى بدل الكتابة . وأبو حفص هذا هو أبو حفص الكبير الإمام المشهور من أصحاب محمد بن الحسن واسمه أحمد بن حفص ، وفاته سنة سبع عشر ومائتين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا صحت الكتابة**) ش: بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضى م: (**خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه**) ش: احترز عن قول ابن عباس - رضي الله عنه - فعنده يعتق بمجرد العقد كما ذكرنا .

م: (**أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم**) ش: كما ذكرنا في أول الكتاب أنه مشتق بمعنى الضم ، يقال : كتبت البغلة إذا ضمت بين شفريها بحلقة م: (**فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه**) ش: أي مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء قبل مالكية النفس في الحال ليست بموحدة فكيف يتحقق الضم، وضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما .

أجيب بأن : مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه . ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش . ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم م: (**أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك**) ش: أي المكاتب م: (**البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى**) ش: أي عن السفر ، وسواء كان السفر طويلاً أو قصيراً ، وبه قال أحمد والشافعي - رحمهما الله - في قول . وقال في قول آخر : لا يخرج إلى السفر بغير إذن السيد، وبه قال مالك ، وفصل بعض أصحاب الشافعي فقال : إن كان السفر طويلاً لا يخرج بغير إذنه ، وإن كان قصيراً يخرج .

وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ، ولأنه عقد معاوضة ، ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره ، لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه ، فإن أعتقه عتق بإعتاقه ؛ لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بحصول العتق له وقد حصل دونه . قال : وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر ، لأنها صارت أخص بأجزائها توصلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ،

م: (**وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا**) ش: من قوله ﷺ : « **المكاتب عبد ما بقي عليه درهم** » . ولو قال : ذكرنا كان أحسن ، لأنه ذكر الحديث وما رواه اللهم إن كان قد رواه في غير هذا الكتاب فيصدق عليه أنه رواه .

م: (**ولأنه عقد معاوضة**) ش: أي ولأن عقد الكتابة عقد معاوضة كما مر م: (**ومبناه على المساواة**) ش: أي مبنى عقد المعاوضة على التساوي م: (**وينعدم ذلك**) ش: أي المساواة على تأويل التساوي م: (**بتنجز العتق ويتحقق بتأخره**) ش: أي تتحقق المساواة بتأخر العتق م: (**لأنه يثبت له**) ش: أي للعبد الذي كوتب م: (**نوع مالكية**) ش: وهو مالكية اليد م: (**ويثبت له في الذمة**) ش: أي يثبت للمولى في ذمة المكاتب م: (**حق من وجه**) ش: وهو أصل البدل، وإنما كان حق من وجه لضعفه ، فإنه ثابت في الذمة مع المنافي ، إذ المولى لا يستوجب على العبد دينًا ، وهذا لا تصح به الكفالة ، فلو ثبت به العتق ناجزًا كما قال ابن عباس على ما فاتت المساواة لا يقال المساواة فاتت على ذلك التقدير أيضًا ، لأن نوع المالكية ثابت عليه من وجه، فأين المساواة ، لأن نوع مالكيته أيضًا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقًا .

م: (**فإن أعتقه**) ش: أي فإن أعتق المولى المكاتب بأن نجز عتقه م: (**عتق بإعتاقه ، لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة ، لأنه ما التزمه**) ش: أي لأن المكاتب ما التزم بدل الكتابة م: (**إلا مقابلاً**) ش: بفتح الباء م: (**بحصول العتق له**) ش: أي ببدل الكتابة م: (**وقد حصل دونه**) ش: أي حصل العتق دون بدل الكتابة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر**) ش: وبه قال الشافعي-رحمه الله- . وقال مالك : لا عقر عليه . وقال أحمد : إن شرط عليها الوطء لا عقر عليه ، وإلا يحد ويؤدب، لأنه وطء حرام وعن الحسن البصري قال : يجب الحد، لأنه وطئ في غير ملكه ، وعندنا وعند الشافعي - رحمه الله - إذا شرط وطأها تفسد الكتابة ، وعند مالك يفسد الشرط ويصح العقد .

وعند أحمد يصح كلاهما م: (**لأنها صارت أخص بأجزائها توصلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه ، وإلى الحرية من جانبها بناء عليه**) ش: أي على الوصول إلى البدل من

ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية لما بينا . وإن أتلف مالاً لها غرم ، لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها ، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

جانبه م: (**ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان**) ش: حيث قابلها الشرع بالأعيان ، قال الله تعالى : ﴿ **أن تبتغوا بأموالكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٤) ، والآدمي مفرغ منها . ولهذا لو استحقت الجارية يغرم المشتري من العقر وقيمة الولد دون المنفعة ، فعلم أن الوطء في حكم جزء العين ولو كان في حكم المنفعة لما غرم .

فإن قلت: إذا اشترى جارية ثيبًا فوطئها ثم باعها مرابحة ليس عليه أن يبين أنه وطئها . وإذا لحقت بالأعيان لوجب البيان .

قلت: لا يجب ، لأنه لا يقابله شيء من الثمن م: (**وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية**) ش: هذا لفظ القدوري، أي وإن جنى المولى على المكاتبة أو جنى على ولدها لزمته الجناية كما لزمه أرش الجناية على العبد المرهون ، وفي الكفاية لشمس الأئمة البيهقي: جناية المولى على مكاتبه عمداً لا يوجب المعقود لأجل الشبهة ، ولو قتل المكاتب مولاه لا يجب القود م: (**لما بينا**) ش: أشار إلى قوله ، لأنها صارت الغرض بأجزائها .

م: (**وإن أتلف**) ش: أي المولى م: (**مالاً لها**) ش: أي للمكاتبة م: (**غرم، لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها**) ش: وفي بعضها النسخ في حق أكسابها ونفسه م: (**إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى**) ش: أي على تأويل أنه ملكه م: (**فيمتنع حصول الغرض المبتغى**) ش: أي المطلوب م: (**بالعقد**) ش: هو حصول الحرية لها والمال له .

* * *

فصل في الكتابة الفاسدة

قال : وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة ، أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ، لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد . وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرًا وجنسًا ووصفًا فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة

م: (**فصل في الكتابة الفاسدة**)

ش: وجه تأخير الفاسد عن الصحيح لا يحتاج المنفي إلى دليل .

م: (**قال : وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته**) ش: أي على قيمة نفس العبد مثل أن يقول كاتبتك على قيمتك م: (**فالكتابة فاسدة**) ش: بلا خلاف للثلاثة ، وكذا إذا كان المولى ذميًا والعبد مسلمًا لا يجوز كتابته على خمر أو خنزير .

م: (**أما الأول**) ش: وهو ما إذا كانت على خمر أو خنزير م: (**فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ، لأنه ليس بمال متقوم في حقه**) ش: يعني ليس بمال متقوم في حق المسلم م: (**فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد**) ش: لأنه صار عقدًا بلا بدل .

م: (**وأما الثاني**) ش: وهو ما إذا كاتبه على قيمته م: (**فلأن القيمة**) ش: أي قيمة العبد م: (**مجهولة قدرًا**) ش: أي من حيث القدر ، يعني مائة أو مائتين م: (**وجنسًا**) ش: يعني ومن حيث الجنس ، يعني ذهبًا أو فضة م: (**ووصفًا**) ش: يعني من حيث الوصف يعني جيدًا أو رديئًا م: (**فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة**) ش: ولم يبين جنسها فإنها تفسد وتفحش الجهالة . الأصل أن ما صلح بدلاً في الكتابة ، لأنها مبادلة مال بما ليس بمال ، إذ البدل في الحال مقابل كل الحجر وهو ليس بمال ، فصار كالنكاح .

فإن قلت: لو كاتبه على عبد يصح ، وبه قال مالك ، خلافًا للشافعي وأحمد -رحمهما الله- ، ويجب عليه قيمة عبد وسط ، حتى لو أتى بالعبد الوسط أو قيمته يجبر المولى على القبول . وإن كاتب على القيمة يجبر بهذه التسمية ، فينبغي أن يجوز إذا صرح بالقيمة .

قلت: القيمة فيما نحن بصدده تجب قصدًا لا حكمًا لمكان التصريح بالقيمة ، وتجب ثم حكمًا لا قصدًا لأنه تصريح بالعبد وقد يثبت الشيء حكمًا وضمنًا لغيره وإن كان لا يثبت قصدًا كبيع الأجنبية ونحوها .

فإن قلت: لما لا تجعل قوله : كاتبتك على ثوب كناية ثمن قوله إن أديت إليّ ثوب فأنت حر فإن في هذه الصورة يعتق بأداء أي ثوب كان .

ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد ، لأنه موجب للقيمة، قال : فإن أدى الخمر عتق ، وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه ، لأن البدل هو القيمة .

قلت: لا يمكنه ذلك، لأن الكتابة متى صحت كان حكمه تعلق بالعبد بثوب معين، لأن الثوب مجهول فلا يمكن أن يجعل كناية عنه .

م: (**ولأنه تنصيص**) ش: تعليل آخر ، أي ولأن قوله : كاتبتك على قيمتك تنصيص م: (**على ما هو موجب العقد الفاسد**) ش: أي القيمة ، أراد أن العقد الفاسد يوجب القيمة ، وهو معنى قوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن العقد الفاسد م: (**موجب للقيمة**) ش: فالتنصيص على قيمة العبد تنصيص على موجب العقد الفاسد. ولو نص على العقد الفاسد ينعقد بوصف الفساد، فكذا إذا نص على موجبه .

م: (**قال : فإن أدى الخمر عتق**) ش: أي قال القدوري - رحمه الله - : وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وعليه نص الحاكم في الكافي . وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله - في كتاب العيون : رجل كاتب عبده على خمر فالكتابة فاسدة ، فإن أدى القيمة عتق .

وإن أدى الخمر لا يعتق ، وهذا قول زفر . وقال أبو يوسف : أيهما أدى عتق . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بأداء الخمر ، إلا أن يقول : إن أديت فأنت حر فإنه يعتق وعليه قيمة نفسه ، قال الفقيه : هذا كله خلاف رواية المبسوط ، فإن في رواية «المبسوط» : لا يعتق بأداء القيمة ويعتق بأداء الخمر وأن قال المولى : إذا أديت إليّ فأنت حر فعليه قيمته ، انتهى .

وفي « المبسوط » : فإن أداه قبل أن يترافعا إلى القاضي ، وقد كان قال له : أنت حر إذا أديته إذ لم يعلمه فإنه يعتق لأن هذا العقد منعقد مع فساده فتعتق بالأداء وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد فاسد فيلزمه أو رقبة لأهل الفساد ، وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه ، فيلزمه قيمته كالمشتري شراء فاسداً إذا عتق المبيع قبل القبض .

م: (**وقال زفر - رحمه الله - : لا يعتق**) ش: يعني وإن أدى الخمر م: (**إلا بأداء قيمة نفسه ، لأن البدل هو القيمة**) ش: يعني في الكتابة الفاسدة ، وقد وقع هكذا في بعض النسخ إلا بأداء قيمة الخمر . قالَ في الكافي : هذا مشكل .

قلت : لأنه مخالف لعامة الروايات ، فإن عند زفر - رحمه الله - : لا يعتق إلا بأداء القيمة محلاة بالألف واللام بدون إضافته ، وفيه أيضًا إجمال . وقال الكاكي : النسخة الصحيحة لا تعتق إلا بأداء قيمة نفسه كما هو مذكور في عامة النسخ .

قلت : هذا دعوى منه ، بل غالب النسخ لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، ولهذا لما قال صاحب «الكافي» : وهذا مشكل سكت ، ولم يقل النسخة الصحيحة كذا. وكذا ذكر تاج الشريعة في

وعن أبي يوسف -رحمه الله - أنه يعتق بأداء الخمر ، لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضًا لأنه هو البدل معنى . وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر ، لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة ، وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية .

«الكفاية» حيث قال : قوله : لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، وذكر في المبسوط قيمة نفسه مكان قيمة الخمر ، وفي « مبسوط » خواهر زاده : وإذا وكل رجلاً بأن يعتق عبدًا على جعل فأعتقه على خمر أو خنزير جاز ، وعلى العبد قيمة نفسه .

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة**) ش: قال السغناقي : هذا الحكم الذي ذكر هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في « المبسوط » و«الذخيرة» ، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن يذكر بكلمة عنه .

وقال صاحب « العناية » : هذا صحيح إن كان الألف واللام في القيمة أعني في قوله : ويعتق بأداء القيمة أيضًا بدلاً عن نفسه . وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكره في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك على ظاهر الرواية عن أبي يوسف .

قلت : سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم ، وما قاله السغناقي باق ، والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة إلا بدلاً عن نفسه كما صرح بذلك تاج الشريعة وغيره .

والحاصل أن عند أبي يوسف - رحمه الله - : أيهما أدى المشروط أو قيمة نفسه يعتق ، وعندهما : إنما يعتق بأداء المشروط إذا قال : إن أديتها فأنت حر ، لأن العتق يكون بالشرط حينئذ ، وصار كما لو كانت على ميتة أو دم فإنه لا يعتق إلا إذا نص على الشرط ، وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر ، صرح بذكر الشرط أو لم يصرح على ما يجيء الآن . م: (**ويعتق بأداء القيمة أيضًا**) ش: أي قيمة نفسه ، قال تاج الشريعة وغيره : كما ذكرنا م: (**لأنه هو البدل معنى**) ش: أي لأن أداء قيمة نفسه هو البدل من حيث المعنى .

م: (**وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال : إن أديتها فأنت حر**) ش: فحينئذ يعتق وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد الفاسد إذا أتلف فيه المعقود عليه ويجب فيه القيمة كالمبيع إذا أتلف في البيع الفاسد في يد المشتري م: (**لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم**) ش: أي بحصول شرط تعلق به العتق كما إذا كاتب على ميتة أو دم حيث لا يعتق بأدائها ، إلا إذا قال المولى إذا أديته الميتة أو الدم فأنت حر ، أما إذا لم يقل فلا يعتق بأدائهما ، لأن العتق لم ينعقد أصلاً فيعتبر فيه التعليق م: (**ولا فصل في ظاهر الرواية**) ش:

ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط . وأما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه . وإذا أعتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته ، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق ، فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع. قال : ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه ، لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت ، كما في البيع الفاسد ، وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في

يعني بأداء الخمر ، سواء كان في العقد إن أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك . م: (**ووجه الفرق بينهما وبين الميتة**) ش: أي في ظاهر الرواية بين الخمر والخنزير وبين الميتة م: (**أن الخمر والخنزير مال في الجملة**) ش: وإن لم يكن متقومًا في حكم المسلم م: (**فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما**) ش: باعتبار المالية ، ومعنى العقد هو المعاوضة م: (**وموجبه العتق**) ش: أي موجب معنى العقد هو العتق م: (**عند أداء العوض المشروط ، وأما الميتة فليست بمال أصلاً ، فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط ، وذلك**) ش: أي اعتبار معنى الشرط م: (**بالتنصيص عليه**) ش: أي على الشرط ، وهو أداء الميتة .

م: (**وإذا أعتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته ، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد**) ش: لأن موجب العقد الفاسد رد المعقود عليه م: (**وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع**) ش: في يد المشتري بعد القبض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا ينقص**) ش: أي القيمة م: (**عن المسمى ويزاد عليه ، لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة**) ش: أي حال كونها بالغة م: (**ما بلغت كما في البيع الفاسد**) ش: إذا تلف المبيع تجب قيمة المبيع لتعذره م: (**وهذا**) ش: أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت م: (**لأن المولى ما رضي بالنقصان**) ش: أي عن المسمى حيث أوجب العقد فيه وإن كانت القيمة أقل .

فإن قلت: ينبغي أن لا يعتبر رضى المولى في النقصان كما في البيع الفاسد، حيث ينقص عن المسمى ويزاد عليه .

قلت: حقيقة المبادلة موجودة ثمة ، لأن البائع يصل إليه عوض حقه بالتمام ، والواجب هو القيمة ، وإنما يصار إلى المسمى عند صحة التسمية ، أما هنا فالمولى محسن لأنه يبيع ماله بماله و﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ وهو إنما رضي بزوال ملكه بقدر ما سمى فلا يجوز النقصان عنه .

م: (**والعبد رضي بالزيادة**) ش: على المسمى م: (**كيلا يبطل حقه**) ش: أي حق العبد م: (**في**

العتق أصلاً فتجب القيمة بالغة ما بلغت . وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة ، لأنه هو البدل

العتق أصلاً) ش: لأنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العتق فيفوت له إدراك شرف الحرية .

فإن قلت: هذا الإبطال إذا لم يعتق بأداء غير الخمر ، أما إذا عتق فلا يلزم هذا .

قلت: يحتمل أن القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - فيما إذا كاتبه على خمر ولم يقل إن أديتها فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق، فلو قضى بتلك الرواية يبطل حقه في العتق .

فإن قلت: إذا لم يعتق لا يجب عليه السعاية أيضًا فلا يتأتى القول بالزيادة والنقصان .

قلت: يحتمل أن المصنف - رحمه الله - اختار في إتمام التسمية غير ظاهر الرواية. قال السغناقي : قوله : كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله : والعبد رضي بالزيادة لأنه يمكن أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه في العتق، لأن ذلك نفع شرب بالضرر ، لأن تحمل الزيادة أضر عليه من العتق ، وكم من عبد لا يرضى بنفس العتق من غير بدل .

وفي وقت غرق الطعام فأولى أن لا يرضى عند إيجاب الزيادة على المسمى ، والأولى في التعليل أن يقال : لما عقد مع مولاه عقد الكتابة الفاسدة وأقدم عليه باختياره ورضاه كان قابلاً قيمة نفسه بالغة ما بلغت ، إذ قيمة نفسه قد تزيد على المسمى .

قلت: هذا الذي ذكره معارض بالمثل، لأنه يمكن أن يكون العبد راضيًا بالزيادة على المسمى وإن حصل له ضرر في الزيادة لاستشرافه شرف الحرية، وكم من عبد لا يرضى بالرق إلا على الاضطرار وكان غرضه حصول الحرية، ولو كان في وقت غرة الطعام بل هذا هو الغالب في العبد، لأن أصل مقصودهم خلاصهم عن أسر الرقبة وتولي أمور أنفسهم فالمصنف ذكر هذا بناء على الغالب والمغلوب في مقابلة الغالب كحكم العدم وادعاء الأولوية في التعليل الذي ذكره لا برهان له فيها، لأن إقدامه على عقد هذه الكتابة الفاسدة ربما يكون عن جهل معتقداً أنها صحيحة إذ لولا حقيقتها ما أقدم عليها ، لأن حال المسلم بناء في ذلك .

م: (**فتجب القيمة بالغة ما بلغت**) ش: أي فتجب قيمة العبد حال كونها بالغة ما بلغت ، وما بلغت في محل النصب باسم الفاعل .

م: (**وفيما إذا كاتبه على قيمته**) ش: هذا راجع إلى قوله في أول الفصل أو على قيمة نفسه م: (**يعتق بأداء القيمة ، لأنه هو البدل**) ش: أي لأن القيمة هو الفرض، إنما ذكر الضمير إما باعتبار المذكور ، وإما بتذكر الخبر ولم يذكر بماذا تعرف القيمة .

وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته .

وفي « الذخيرة » و« مبسوط » شيخ الإسلام : وقيمته تعرف بتصادقهما ، لأن الحق فيما بينهما وإما بتقويم القومين ، فإن اتفق الإتيان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين، لأن شرط العتق لا يثبت م: (**وأمكن اعتبار معنى العقد فيه**) ش: أي أمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في أداء القيمة بأن أدى ما لا يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين والآخر بخمسة وثلاثين، والآخر بأربعين، فلما لم يجاوز أحدهم من أربعين وقد أدى أربعين يكون مؤديًا قيمتها .

م: (**وأثر الجهالة في الفساد**) ش: هذا جواب عما يقال القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة فقال وأثر الجهالة، أي جهالة القيمة في فساد العقد لا فساد العقد لا في بطلان كما في البيع فإنها تفسده ولا تبطله .

م: (**بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب**) ش: هذا أيضًا جواب عما يقال : الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء الثوب كما عتق بأداء القيمة . فقال بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب م: (**حيث لا يعتق بأداء ثوب، لأنه لا يوقف فيه**) ش: أي في الثوب م: (**على مراد العاقد**) ش: لأنه لا يزيد ملكه بأي ثوب كان بل ثوب معين ولا يدري أن هذا المؤدى هو ذلك المعني أم لا .

م: (**لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته**) ش: أي إرادة المولى أراد أن المتعين ينبغي أن يكون مراداً له حتى يثبت العتق ، والإطلاق على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته ، بخلاف القيمة ، لأنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين .

فإن قلت: فإن أدى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولاً . **قلت:** ذكر في « الذخيرة » أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر أو الجنس فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلاً لا على المسمى ولا على القيمة .

فإن قلت: ينبغي أن يؤدي ثوبًا اعتباراً بجهة التعليق، إذ الكتابة تتضمن المعاوضة والتعليق، فإذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب يبقى معنى التعليق فيعتق، كما لو قال: إن أديت إليّ ثوبًا فأي ثوب أدى عتق، كذلك ها هنا .

قلت : التعليق في ضمن المعاوضة فإذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة الأخرى

قال : وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز ، لأنه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز ، لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز . وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، وإن عجز يرد في الرق ، لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فأشبه الصداق. قلنا إن العين في المعاوضات معقود عليه ، والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة

أيضًا ، لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه**) ش: الثوب والعبد م: (**لغيره**) ش: أي حال كون الشيء لغير العبد لا يقال : قوله شيء نكرة فلا يقع ذو الحال، لأنه تخصص بالصفة ، أعني قوله : بعينه فإن تقديره على شيء معين م: (**لم يجز**) ش: أي عقد هذه الكتابة م: (**لأنه لا يقدر على تسليمه**) ش: ذلك الشيء إلى مولاه ، وبه قال الشافعي وأحمد، وقال مالك : يجوز ويشتريه ويؤديه وإن لم يبعه الغير يؤدي قيمته م: (**ومراده شيء يتعين بالتعيين**) ش: أي مراد محمد من قوله : على شيء يتعين بالتعيين كالعبد والثوب وغيرهما من المكيل والموزون .

م: (**حتى لو قال : كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره**) ش: أي والحال أن هذا الألف لغير العقد م: (**جاز**) ش: أي عقد الكتابة م: (**لأنها**) ش: أي لأن الدراهم وكذا الدنانير م: (**لا تتعين في المعاوضات فيتعلق**) ش: العقد م: (**بدراهم دين في الذمة فيجوز**) ش: وعند الشافعي وأحمد : لا يجوز هذا أيضًا لتعين الدراهم والدنانير عندهما .

م: (**وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق**) ش: أي حتى لو ملك ذلك العين وسلمه المولى عتق، وقال أشهب المالكي : إذا ملكه قبل الفسخ وسلمه جاز م: (**وإن عجز يرد في الرق**) ش: أي وإن عجز العبد عن تسليم العين المذكور إلى مولاه يرد في الرق م: (**لأن المسمى مال، والقدرة على التسليم موهومة**) ش: أي قدرة العبد على تسليم العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك موهومة م: (**فأشبه الصداق**) ش: أي أشبه بدل الكتابة من مال الغير صداق المرأة من مال الغير بأن يتزوجها على عبد الغير تصح التسمية فكذا هنا تصح التسمية ، فإذا قدر على تسليمه جاز ، وإذا لم يجز المالك في النكاح رجعت المرأة على الزوج بقيمة العبد أو بمهر المثل. ولو كانت التسمية فاسدة لرجعت بمهر المثل.

م: (**قلنا : إن العين في المعاوضات**) ش: هذا إشارة إلى بيان وجه الظاهر ، وهو أن العين في المعاوضات ، وأراد بالعين بدل الكتابة م: (**معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة**)

إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع ، بخلاف الصداق في النكاح ، لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى . فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد-رحمه الله - أنه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى . وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجوز اعتبارًا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب ، والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود ،

ش: أي شرط صحة العقد ، ولهذا لم يجز بيع الآبق م: (**إذا كان العقد يحتمل الفسخ**) ش: أي والكتابة تحتمل الفسخ فشرط القدر على المعقود عليه م: (**كما في البيع**) ش: فإنه يحتمل الفسخ فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه .

فإن قلت: البدل في الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالية الثمن معقود به لا معقود عليه ، فلا تكون القدرة عليه شرطًا .

قلت: هذا إذا كان من النقود وليس الكلام فيه ، وإنما كلامنا في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه .

م: (**بخلاف الصداق في النكاح**) ش: هذا جواب عن قوله : فأشبه الصداق وذلك م: (**لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح**) ش: وهو منافع البضع أو التوالد والتناسل م: (**ليس بشرط**) ش: حتى لو تزوج رضيعة يجوز م: (**فعلى ما هو تابع فيه أولى**) ش: أي فالقدرة على ما هو تابع وهو الصداق يصح ، والكتابة بدون ذكر البدل لا يصح فوضح الفرق .

م: (**فلو أجاز صاحب العين ذلك**) ش: أراد في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز ، أي لو أجاز مالك العين ذلك يعني ما قاله المولى لعبده م: (**فعن محمد -رحمه الله - أنه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة**) ش: بأن اشترى شيئًا بمال الغير فأجازه الغير يجوز مع أنه مبني على المضايقة والمماكسة م: (**فالكتابة أولى**) ش: بالجواز ، لأن مبناها على المسامحة . وقيل: لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد، بخلاف البيع ، فصار صاحب المال مفوضًا المال من العبد فتصير العين من أكسابه .

م: (**وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجوز**) ش: أي وإن أجاز صاحب العبد ، وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**اعتبارًا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب**) ش: أي «الجامع الصغير» ، أشار به إلى قوله : وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجزه م: (**والجامع بينهما أنه**) ش: أي عقد الكتابة م: (**لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود**) ش: أي والحال أن ملك المكاسب هو المقصود في الحال .

لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا ، والمسألة فيه على ما بيناه . وعن أبي يوسف أنه يجوز ، أجاز ذلك أو لم يجز ، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه، وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح ، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً.ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة - رحمه الله - رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق ،

فإن قلت: المقصود من عقد الكتابة هو الحرية .

قلت: موجب الشيء ما يكون عقيب ذلك الشيء ، وما يعقب الكتابة هو ملك الحر وملك المكاسب . وأما الحرية فعند انقضاء عقد المكاتبة لا عقيبه ، فيكون الموجب هو ملك المكاسب .

م: (**لأنها**) ش: أي لأن الكتابة : وفي بعض النسخ «لأنه» أي لأن عقد الكتابة م: (**تثبت للحاجة إلى الأداء منها**) ش: أي من المكاسب م: (**ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا**) ش: لغيره، لأن العقد لم ينعقد إذا كان البدل عينًا لغيره فلم يحتج إلى أداء منه ، لأن الاحتياج إليه عند صحة العقد م: (**والمسألة فيه**) ش: أي فرض المسألة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا ، وقد أشار بقوله : معينًا بعد قوله : عينًا احترازًا من الدراهم والدنانير المعينة ، فإنها وإن عينت لا تتعين عندنا ، فتجوز الكتابة حتى إذا كاتبه على ألف فلأن هذه جازت ، فإن أدى تلك الألف أو ألفًا أخرى عتق م: (**على ما بيناه**) ش: أشار به إلى قوله ومراده شيء يتعين بالتعيين .

م: (**وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز**) ش: أي روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أن الحكم المذكور وهو ما إذا كاتبه على شيء بعينه لغيره أجاز مالك الشيء أو لم يجزه م: (**غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه**) ش: أي غير أن الشأن عند إجازة مالك الشيء يكون العقد على شيء يجب على المكاتب تسليم عين ذلك الشيء إلى المولى م: (**وعند عدمها يجب تسليم قيمته**) ش: أي وعند عدم إجازة مالك الشيء يجب على المكاتب تسليم قيمة ذلك الشيء .

م: (**كما في النكاح**) ش: فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه يصح العقد، فإن رضي مالك العبد يدفعه إليها فبها وإلا فيجب على الزوج قيمة العبد م: (**والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً**) ش: أي المعنى الجامع بين المقيس الذي هو الكتابة المذكورة والمقيس عليه الذي هو النكاح صحة التسمية في كل منهما لكونه مالاً ، أي لكون التسمية والتذكير باعتبار المسمى مالاً.

م: (**ولو ملك المكاتب ذلك العين**) ش: أراد أن مالك العين لم يجز، ولكن ملك المكاتب العين بسبب من أسباب الملك م: (**فعن أبي حنيفة - رحمه الله - ، رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق**) ش: أي روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه أي المكاتب إذا أدى تلك العين التي ملكها لا

وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له : إذا أديت إلي فأنت حر، فحينئذ يعتق بحكم الشرط ، وهكذا عن أبي يوسف - رحمه الله. وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط . ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان ، وقد عرف ذلك في الأصل . وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى .

يعتق م: (**وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له : إذا أديت إليّ فأنت حر ، فحينئذ يعتق بحكم الشرط**) ش: هذه الرواية هي ظاهر الرواية أن عقد الكتابة لا ينعقد من الأول إلا بالشرط بأن يقول المولى إذا أديت إليّ هذه العين فأنت حر فإنه يعتق عند الأداء لوجود الشرط ولا يعتق بالعقد لعدم انعقاده م: (**وهكذا عن أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: أي وهكذا روي أيضًا عن أبي يوسف - رحمه الله - مثلما روى هو عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يعتق إلا بالشرط ، وهذا رواية الحسن بن أبي مالك - رحمه الله - عنه . وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر مثل ذلك .

م: (**وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل**) ش: أي وروي عن أبي يوسف - رحمه الله- رواه عن أصحاب « الإملاء » : أنه يعتق بدفع العين إلى مولاه سواء قال المولى إن أديت إليّ فأنت حر أو لم يقل م: (**لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط**) ش: كما لو كاتبه على خمر فأدى فإنه يعتق .

م: (**ولو كاتبه على عين في يد المكاتب**) ش: بأن كان مأذونًا في التجارة والمراد عين معين سوى الدراهم والدنانير ، فإنه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد من كسبه تجوز الكتابة باتفاق الروايات ، ذكره شيخ الإسلام في « مبسوطه » .

م: (**ففيه روايتان**) ش: أي ففي حكمه روايتان في رواية كتاب الشرب من الأصل يجوز ، وفي رواية كتاب المكاتب من الأصل لا يجوز م: (**وهي مسألة الكتابة على الأعيان**) ش: وهي التي ذكرت قبيل هذا بقوله : وإن كاتبه على شيء بعينه لم يجز .

وعن أبي حنيفة رواه الحسن : يجوز م: (**وقد عرف ذلك في الأصل**) ش: أي قد عرف حكم ما ذكر من الكتابة على شيء بعينه في « المبسوط» .

م: (**وقد ذكرنا وجه الروايتين**) ش: يعني الجواز وعدم الجواز م: (**في كفاية المنتهى**) ش: وهو كتاب صنفه المصنف - رحمه الله- كتاب حافل عظيم لم يقع في هذه الديار ، قيل : إنه موجود في بلاد الهند وأحاله عليه ولم يذكره هنا لطول الكلام فيه .

وجه روايته أنه كتابة على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ، ولأن البيع يجوز بإجازة مالك

قال : وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبدًا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .وقال أبو يوسف -رحمه الله-هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبًا بما بقي، لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط ، فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في إبدال العقود .ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ، وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى . قال : وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانًا ،

العين فالكتابة أولى . وجه رواية عدم الجواز أن كسب العبد وقت العقد وقت ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان مال المولى وإنه لا يجوز ، فكذا هذا .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبدًا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -**) ش: قيد بقوله : على عبد بغير عينه ، لأنه لو كان العبد معينًا يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق، فكذا استثناؤه عند الثلاثة لا يجوز في العين وغيره لأنه شرط فاسد وصفقة في صفقة .

م: (**وقال أبو يوسف : - رحمه الله - هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبًا بما بقي**) ش: حتى إذا كان بدل الكتابة مائة ، وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب إذًا خمسون ويسقط خمسون في مقابلة العبد م: (**لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط**) ش: وهذا بالاتفاق بكل ما يصلح بدلاً م: (**فكذا يصلح مستثنى منه**) ش: أي حال كونه مستثنى منه ، فهذا استثناء من حيث المعنى هو الأصل أي كون كل ما صلح بدلاً صلحا مستثنى من البدل م: (**وهو الأصل في إبدال العقود**) ش: بفتح الهمزة جمع بدل .

الحاصل أن الأصل أن كل ما يصلح إيراد العقد عليه بانفراده يصح استثناؤه من العقد والعبد المطلق يصح إيراد العقد عليه ابتداء ها هنا ، فكذا استثناؤه من العقد .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**أنه لا يستثنى العبد من الدنانير**) ش: هذا قول بالموجب ، يعني : سلمنا هذا الأصل ، ولأن إنما تكون فيما يصلح الاستثناء ، وها هنا ليس كذلك ، لأنه لا يستثنى العبد من الدينار لاختلاف الجنس م: (**وإنما يستثنى قيمته**) ش: يعني إنما يصح استثناء العبد من الدينار بحسب قيمته لا بحسب نفس العبد م: (**والقيمة لا تصلح بدلاً**) ش: لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف م: (**فكذلك مستثنى**) ش: أي فكذلك لا يصلح حال كونه مستثنى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانًا،**

ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح . أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز ، لأنه يشتمل أجناسًا مختلفة فتتفاحش الجهالة . وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف

ومعناه) ش: أي معنى قول القدوري جائزة م: (**أن يبين الجنس**) ش: كالعبد والفرس م: (**ولا يبين النوع**) ش: أنه تركي أو هندي م: (**والصفة**) ش: أنه جيد أو رديء م: (**وينصرف إلى الوسط**) ش: فيجوز العقد، وبه قال مالك ، وإنما ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية نظرًا إلى الجانبين، ثم الوسط عند أبي حنيفة في العبد الذي قيمته أربعون درهمًا .

وعندهما على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب ، لأن عقد الكتابة عقد إرفاق ، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب م: (**ويجبر على قبول القيمة**) ش: أي يجبر المولى ، لأنها أصل من حيث إن المسمى يعرف بها فيجبر على القبول م: (**وقد مر في النكاح**) ش: أي في باب المهر ، فإنه إذا تزوجها على حيوان وبين جنسه ولم يبين نوعه وصفته فإنه يجوز وينصرف إلى الوسط .

م: (**أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول : دابة لا يجوز ، لأنه يشتمل**) ش: أي لأن قوله : دابة يشتمل م: (**أجناسًا مختلفة**) ش: مما يدب على وجه الأرض م: (**فتتفاحش الجهالة**) ش: فيفضي إلى المنازعة فلا يجوز م: (**وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف**) ش: بفتح الواو وكسر الصاد على وزن فعيل اسم للغلام، والجمع وصفاء ، والجارية وصيفة وجمعها وصائف، هذا الذي ذكره الفقهاء .

وذكر في «العباب» الوصيف الخادم غلامًا كان أو جارية ، يقال : وصف الغلام بالضم إذا بلغ الخدمة ، والجمع وصفاء . وقال ثعلب : ربما قالوا للجارية : وصيفة والجمع وصائف انتهى . فعلى هذا الفرق الذي ذكره الفقهاء بين الوصيف الذكر والوصيفة للأنثى يكون على هذه الرواية .

فإن قلت: إن العبد إذا كان يطلق على الذكر والأنثى فلا يكون في عطف الوصيف عليه زيادة فائدة بل في المعنى يكون عطف الشيء على مثله .

قلت : العبد في المعرف لا يطلق إلا على الذكر من الأرقاء بدليل أنهم يستعملون في المقابلة الجارية أو الأمة فالوصيف أعم فيكون من عطف العام على الخاص . وإن كان إطلاقه عليهما جميعًا كالوصيف يكون العطف أيضًا صحيحًا مفيدًا لفائدة، وهي أن الوصيف اسم لمن يوصف بالخدمة بأن كان قادرًا عليها ، والعبد أعم من أن يبلغ الخدمة أولى ، فعلى هذا يكون عطف الخاص على العام .

فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه .وقال الشافعي :- رحمه الله -لا يجوز وهو القياس ، لأنه معاوضة فأشبه البيع . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح ، والجامع أنه يبتنى المسامحة

م: (**فالجهالة يسيرة**) ش: لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات م: (**ومثلها يتحمل في الكتابة**) ش: لأنها تشبه البيع من حيث إنها معاوضة ، ألا ترى أنها تقال وتفسخ لشبه النكاح أيضًا من حيث إنها معاوضة مال بما ليس بمال ، فإذا كانت الجهالة في أصلها منع الجواز لشبه البيع ، وإذا كانت في الوصف لا يمنع لشبه النكاح .

م: (**فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه**) ش: أي في عقد الكتابة كما لو قال كاتبتك إلى الحصاد والدياس أو العطاء صحت الكتابة ، لأن مبناها على المسامحة .

فإن قلت : كيف جعل المصنف ها هنا العبد جنسًا واحدًا وجعل في الوكالة أجناسًا مختلفة حتى لم يجوز الوكالة بشري العبد مطلقًا .

قلت : اللفظ إن شمل أجناسًا عالية كالدابة مثلا ، أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقًا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها ، وإن شمل أجناسًا سافلة كالعبد منعه فيما يبتني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يجوز ، وهو القياس**) ش: وبه قال أحمد -رحمه الله- ومذهبهما هو القياس م: (**لأنه معاوضة**) ش: أي لأن عقد الكتابة عقد معاوضة مال بمال م: (**فأشبه البيع**) ش: في أن تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه ، والبيع مع البدل المجهول والأجل المجهول لا يجوز ، فكذا الكتابة .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي عقد الكتابة م: (**معاوضة مال بغير مال**) ش: أي في الابتداء ، لأن البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال م: (**أو بمال**) ش: أي في معاوضة مال في الانتهاء ، لأنه يقابل الرقبة م: (**لكن على وجه يسقط الملك فيه**) ش: لأن العبد لا يتملك مالية نفسه ، بل يسقط ملك المولى .

م: (**فأشبه النكاح**) ش: لأن منافع البضع مال عند الدخول ، فيكون معاوضة مال بمال ، ألا ترى أن الشرع جعلها كالأعيان لكن على وجه يسقط الملك للزوج ، ولهذا لا يقدر على تمليكها .

م: (**والجامع**) ش: أي المعنى الجامع في كون الكتابة كالنكاح م: (**أنه يبتنى على المسامحة**) ش: أي أن عقد الكتابة يبتنى على المسامحة كالنكاح ، وهذا المقدار كان في إلحاقها بالنكاح م:

بخلاف البيع ، لأن مبناه على المماكسة . قال : وإذا كـاتب النصراني عبده على خمرفهو جائز ، معناه إذا كان مقداراً معلومًا والعبد كافراً ؛ لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قـيمة الخمر ، لأن المسلم ممنوع عن تمـليك الخمر وتملكها . وفي التسـليم ذلك إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل ، فيجب عليه قيمته

(**بخلاف البيع ، لأن مبنـاه على المماكسة**) ش: هذا جواب عن قول الشـافعي ، فأشبه البيع أشـار بأن قياسه ، الكتابة على البيع باطل الوجود ، قـال الفارق وهـوابتناء البيع على المماكسة والمضايقة ، وابتناء الكتابة على المسامحة والمساهلة .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز، معناه إذا كان مقداراً معـلومًا والعبد كافراً**) ش: أي معنى الذي في « الجامع الصغير » إذا كـان الخمر مقداراً معلومًا ، وأن يكون العبد أيضًا نصرانيًا .

ولو أتى بعبارة محمد كما هي لما كان يحتاج إلى هذا التفسير فإنه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل نصراني كاتب عبداً له نصرانيًا على أرطال خمر قال : المكاتبة جائزة ولما لم يأت بهذه العبارة ، أشار بهذا إلى أنه لا بد من قيدين في جواز هذه الكتابة .

الأول : أن يكون الخمر مقداراً معلومًا ، لأن الجهالة مانعة ، والثاني : أن يكون العبد كافراً إلا إذا كان مسلمًا لا يجوز .

ولكن مع هذا إذا أدى الخمر يعتق لتضمن الكتابة تعليقا العتق بأداء البدل المذكور ، وصـار كـما لو كـاتب المسلم عـبد المسلم على خـمر فـأدى المكاتب الخـمر فـإنه يعـتق ، كذا ذكـره بعض المشـايخ كـالقـاضي ظهيـر الدين والرازي ونجم الـدين [. . . . . . .] والنيسـابوري في « شـرح الجامع الصغير » . وفي « شرح الطحاوي » و«التمرتاشي» : لو أدى الخـمر لا يعتق . ولو أدى القيمة يعتق .

م: (**لأنهـا مال في حـقـهم بمنزلة الخل في حقـنا ، وأيهمـا أسلم**) ش: أي من المولى والعـبـد م: (**فللمولى قيمة الخمر**) ش: وعند الشافعي ومـالك وأحمد -رحمه الله- في رواية ومحـمد -رحمه الله- في رواية عنه تفسد الكتابة ، لأنه لا يمكنه تسليم البدل فصار كأنه عجز نفسه .

م: (**لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخـمر وتملكها ، وفي الـتسليم ذلك**) ش: أي التمليك والتملك باعتبار كل واحد م: (**إذ الخمر غير مـتعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليـه قيمته**) ش: أشار بإذا التعليلية أن الخمر في المسألة المذكورة غير معينة فالملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة .

وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ، لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة ، أما البيع لا ينعقد صحيحًا على القيمة فافترقا . قال : وإذا قبضها عتق ، لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلمًا حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ، ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم .

م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكرناه م: (**بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض**) ش: لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى لا تصلح عوضًا في البيع بحال ففسد .

قيد بقوله : على ما قاله البعض ، لأنه ذكر بعض المشايخ ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في المبيع .

م: (**لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة**) ش: أي لأن قيمة الخمر تصلح بدلاً في عقد الكتابة .

وأظهر ذلك بقوله م: (**فإنه لو كاتب على وصيف**) ش: أي عبد للخدمة م: (**وأتى بالقيمة يجبر على القبول ، فجاز أن يبقى العقد على القيمة**) ش: لأن البقاء أسهل من الابتداء م: (**أما البيع لا ينعقد صحيحًا على القيمة فافترقا**) ش: أي البيع والكتابة .

م: (**قال : وإذا قبضها عتق**) ش: أي إذا قبض المولى قيمة الخمر ، وهذا لفظ الصدر الشهيد في الجامع الصغير ، أما لفظ محمد -رحمه الله- وإذا أداها عتق ، وقد ذكر فيما مضى م: (**لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلمًا حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر**) ش: لكونها غير مال متقوم في حقه فلا يصح .

م: (**ولو أداها عتق**) ش: أي ولو أدى الخمر عتق ، أراد أن العبد المسلم إذا أدى الخمر عتق أيضًا لوجود معنى التعليق كما ذكرناه مستقصى مع الخلاف فيه م: (**وقد بيناه من قبل والله أعلم**) ش: أشار به إلى ما ذكره في أول الفصل بقوله فإن أدى الخمر عتق .

وقال زفر -رحمه الله-: لا يعتق . وفي شرح الكافي ذمي ابتاع عبداً مسلمًا فكاتبه قال هو جائز ولا يرد ، لأن تخليصه بإزالة ملكه عن المسلم وبالكتابة يجعل هذا المعنى ، وإن كاتبه على خمر أو خنزير لم يجز ، فإن أدى الخمر عتق وعليه قيمته كما في البيع الفاسد .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال : ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر ، لأن موجب الكتابة أن يصير حرًا يدًا ، وذلك بمالكية التصرف مستبدًا به تصرفًا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة ، لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحابي في صفقة واحدة ليربح في أخرى ،

م: (**باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله**)

ش: لما بين أحكام الكتابة وأنواعها شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز ، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر**) ش: خلافًا لمالك والشافعي -رحمه الله- في قول م: (**لأن موجب الكتابة أن يصير حرًا يدًا ، وذلك بمالكية التصرف مستبدًا به**) ش: أي حال كونه مستقلاً بالتصرف م: (**تصرفًا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل**) ش: أي بدل الكتابة ، وانتصاب تصرفًا .

م: (**والبيع والشراء من هذا القبيل**) ش: أي من قبيل التصرف الذي يوصل المتعاقدين إلى مقصودهما ، لأن مقصود البائع الوصول إلى الثمن ومقصود المشتري الوصول إلى العين وذا لا يحصل إلا بالبيع والشراء ، وكذلك ها هنا مقصد السيد الوصول إلى بدل الكتابة ، ومقصود العبد منه الحرية ، وذا يحصل بالبيع والشراء .

م: (**وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة**) .

ش: **فإن قلت** : فيه غرور وخطر .

قلت : يبطل بالرهن والوديعة ، فإن فيهما ذلك ويصحان من المكاتب م: (**ويملك البيع بالمحاباة**) ش: وهي بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلا وهو على وزن مفاعلة من حابى يحابى وثلاثية حتى يقال حباه حبوة أي أعطاه والحباء العطاء وحاباه في البيع محاباة . وقال الثلاثة : لا يملك البيع بالمحاباة لأنه تبرع كالهبة والعتق .

ولنا ما قاله بقوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن البيع بالمحاباة م: (**من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحابي في صفقة واحدة**) ش: استجلابًا لقلوب الناس إليه م: (**ليربح في أخرى**) ش: أي في صفقة أخرى ، وهذا كما ترى لم يذكر فيه الخلاف .

وقال في « شرح الطحاوي » : ولا يجوز للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولهما ، ويجوز في قول أبي حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير . وقالا بما يتغابن في مثله .

قال : فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانًا ، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه فبطل الشرط وصح العقد ، لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة ، وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة ، لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**فإن شرط عليه**) ش: أي فإن شرط المولى على المكاتب م: (**أن لا يخرج من الكوفة**) ش: هذا ليس بقيد ، بل الحكم في غير الكوفة كذلك ، وتخصيصها بالذكر باعتبار وضع المسألة فيها م: (**فله أن يخرج استحسانًا**) ش: وبه قال الشافعي . وفي قول لا يجوز له الخروج بدون الشرط ، فبالشرط أولى وهو القياس .

وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله م: (**لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد**) ش: أي الاستقلال ، يقال فلان استبد برأيه أي انفرد م: (**وثبوت الاختصاص بنفسه**) ش: أي اختصاص العمل في الكوفة م: (**فبطل الشرط**) ش: أي شرط المولى عدم خروجه من الكوفة م: (**وصح العقد**) ش: أي عقد الكتابة ، وهذا في نفس الأمر جواب عما قيل هذا الشرط يقتضي بطلان العقد كما في البيع .

فقال وصح العقد م: (**لأنه شرط**) ش: أي لأن هذا الشرط الذي شرطه المولى شرطًا م: (**لم يتمكن في صلب العقد**) ش: لأن الداخل في صلب العقد ما يكون في البدلين وهنا ليس كذلك ، لأنه شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله م: (**وبمثله**) ش: أي بمثل هذا الشرط م: (**لا تفسد الكتابة**) ش: وإنما تفسد إذا تمكن من الشرط في صلب العقد نحو ما إذا قال كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زمانًا ، أو كاتب جارية على ألف بشرط أن يطأها ما دامت مكاتبة ونحو ذلك .

م: (**وهذا**) ش: أي هذا التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسداً وبين كون الشرط الغير المتمكن غير مفسد م: (**لأن الكتابة تشبه البيع**) ش: من حيث إنها تحمل الفسخ في الابتداء م: (**وتشبه النكاح**) ش: أي تشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه الهبة والنكاح بعد تمام المعقود بالأداء .

قال تاج الشريعة : تشبه البيع من حيث إنها معاوضة ولا تصح بدون البدل ، ويحتمل الفسخ قبل الأداء ، ويشبه النكاح من حيث إنها معاوضة مال بغير مال م: (**فألحقناها بالبيع في شرط تمكنه في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة**) ش: بأن قال كاتبتك على أن تخدمني مدة كما ذكرنا عن قريب م: (**لأنه في البدل**) ش: أي لأن الشرط في البدل فيكون في صلب العقد م: (**وبالنكاح**) ش: أي ألحقناه بالنكاح م: (**في شرط لم يتمكن في صلبه**) ش: أي في صلب العقد

هذا هو الأصل ، أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق ، لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقًا في حق هذا الشرط ، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة . قال : ولا يتزوج إلا بإذن المولى ، لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة إليه . ويجوز بإذن المولى ، لأن الملك له ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير ، لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه ، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بدًا من ضيافة وإعارة

فيصح العقد ويبطل الشرط م: (**وهذا هو الأصل**) ش: أي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المتقابلين هو الأصل .

م: (**أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق**) ش: لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أحد والكتابة كذلك ، لأنه لا يحصل للمكاتب شيء ، وإنما يسقط عنه ملك مولاه م: (**لأنه إسقاط الملك**) ش: أي لأن عقد الكتابة إسقاط الملك وفك الحجر وإطلاق اليد بمنزلة الإعتاق . م: (**وهذا الشرط يخص العبد**) ش: أي شرط عدم الخروج يحتمل العبد ، أي يتعلق به م: (**فاعتبر**) ش: أي عقد الكتابة م: (**إعتاقًا في حق هذا الشرط**) ش: أي شرط عدم الخروج م: (**والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة**) ش: كما لو أعتق عبدًا على أنه نائبه فإن الشرط باطل والإعتاق صحيح لقوله عليه السلام « **الولاء لمن أعتق** » فدل الحديث على أن الشرط الفاسد لا يبطل الإعتاق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**ولا يتزوج إلا بإذن المولى**) ش: وبه قالت الثلاثة .

وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله - : إن شرط عليه أن لا يتزوج إلا بإذنه لم يتزوج بغير إذنه وإن لم يشترط ذلك جاز له التزوج بغير إذنه ليملكه منافع نفسه م: (**لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود**) ش: أي لأجل ضرورة التوسل إلى المقصود فمقصود المولى البدل ، وذلك بقيام الملك ، ومقصود المكاتب تحصيل الكسب للإيفاء م: (**والتزوج ليس وسيلة إليه**) ش: أي إلى المقصود ، لأن التزوج ليس من اكتساب المال، بل فيه التزام المهر والنفقة، وأعاد تاج الشريعة - رحمه الله - الضمير في اليد إلى الاكتساب وليس بظاهر .

م: (**ويجوز**) ش: أي التزوج م: (**بإذن المولى ، لأن الملك له**) ش: معنى الملك قائم فيه فهو كالحر فلا يجوز له إلا بإذن م: (**ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير**) ش: أي ما دون الدرهم ، لأنه قليل يتوسع فيه الناس قاله تاج الشريعة م: (**لأن الهبة والصدقة تبرع ، وهو غير مالك ليملكه**) ش: بتشديد اللام م: (**إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بدًا**) ش: أي مفارقة م: (**من ضيافة**) .

ش: وفي بعض النسخ من إضافة فالأول من ضاف والثاني من أضاف م: (**وإعارة**) ش:

ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئًا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل ، لأنه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسًا ومالاً ، لأن كل ذلك تبرع ولا يقرض ، لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب ، فإن وهب على عوض لم يصح ،

شيء مثل الدار أو الثياب استجلابًا لقلوبهم م: (**ليجتمع عليه المجاهزون**) ش: أي على المكاتب وهو جمع مجاهز وهو عند العامة الغني من التجار ، وكأنه أريد به المجهز وهو الذي يبعث التجارة بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به ، كذا قال في المغرب أراد إطلاق المجاهز على الغني لغة العامة والعرب لم تتكلم به ، والمستعمل في اللغة المجهز ولكنه أعم من أن يكون في بعث التجارة بالجهاز وغيره ، يقال جهز بعثه وجهز الجيش وجهز الغازي والميت وغير ذلك وتجهز للسفر إذا استعد والجهاز بفتح الجيم وكسرها جهاز العريس .

م: (**ومن ملك شيئًا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه**) ش: فالمكاتب يملك التجارة فيملك ما هو من ضرورات التجارة كالضيافة والإعارة والشيء اليسير من الهبة أو الصدقة م: (**ولا يتكفل**) ش: سواء كان بأمر المكفول عنه أو بغير أمره وسواء كان بإذن مولاه أو بغير إذنه وحكم كفالته في المال ككفالة المحجور عليه يصح في حقه بعد المعتق لا في الحال م: (**لأنه تبرع محض**) ش: أي لأن التكفل تبرع خالص م: (**فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه**) ش: أى لا يملك التكفل بنوعيه وهما التكفل بالنفس والتكفل بالمال وفسرهما بقوله : م: (**نفسًا ومالاً**) ش: وانتصابهما بتقدير أعني م: (**لأن كل ذلك تبرع**) ش: أي لأن كل التكفيل تبرع ، يعني سواء كان بالنفس أو بالمال أو بأمر المكفول عنه أو بغير أمره .

أما بغير الأمر فظاهر ، وكذا بالأمر لأن الكفيل عند الأداء كالقرض للمكفول عنه والإقراض تبرع ، لأنه إعارة ، وكذا الكفالة بالنفس تبرع محض .

فإن قلت : بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك .

قلت : ربما يعجز عن ذلك فيحبس عليه فيمتنع من الكسب فيتضرر .

وفي « الكافي» للحاكم : ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل بإذن المولى وبانفراده ، وكذلك قبول الحوالة ، فإن تكفل بإذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة ، لأن ضمانه كان باطلاً وإن أذن فعتق لزمه الكفالة ، لأنه كفل وهو بمنزلة العبد ، ولو أن عبدًا محجورًا كفل بكفالته ثم عتق لزمته الكفالة . ولو كان المكاتب صغيرًا حين كفل لم يؤخذ بها وإن عتق لزمته الكفالة .

م: (**ولا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب**) ش: حتى لو أقرض لا يطلب للمستقرض أكله ، إلا أن يكون مضمونًا عليه حتى لو تصرف فيه يجوز م: (**فإن وهب على عوض لم يصح ،**

لأنه تبرع ابتداء . فإن زوج أمته جاز ، لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد. قال : وكذلك إن كاتب عبده والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي -رحمهما الله- ، لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال . وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع ، وقد يكون هو أنفع له من البيع ، لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله، ولهذا يملكه الأب والوصي ،

لأنه تبرع ابتداء) ش: والتبرع غير داخل في عقد الكتابة م: (**فإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر ، فدخل تحت العقد**) ش: أي عقد الكتابة ، وكذا له أن يوكل بتزويجها ، بخلاف ما لو زوجت المكاتبة نفسها حيث لا يجوز .

فإن قلت : فعلى التعليل المذكور ينبغي أن يجوز .

قلت : لأن رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد بها بالتزويج . ولأنه عيب ، فربما يعجز ، فينبغي هذا العيب من ملك المولى .

فإن قلت : فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته ومع هذا لا يجوز .

قلت : نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته . ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى أسيرًا جديدًا فيها ويلزمه ذلك في أمته ومكاتبته . ولو زوج المكاتب أمته عن عبد فعن أبي يوسف أنه يجوز ، وفي ظاهر الرواية لا يجوز .

م: (**قال وكذلك إن كاتب عبده**) ش: أي يجوز ، وبه قال مالك والقاضي الحنبلي وأهل الظاهر م: (**والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله -**) ش: وقول أحمد - رحمه الله - م: (**لأن مآله العتق**) ش: أي مال عقد الكتابة العتق م: (**والمكاتب ليس من أهله**) ش: أي من أهل العتق م: (**كالإعتاق على مال**) ش: أي إذا قال المكاتب لعبده أد إليّ ألفًا وأنت حر لا يجوز هذا التعليق فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده لأن الكتابة بالمال كالتعليق .

م: (**وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع**) ش: أي كما يملك تزويج أمته والبيع والشراء ، لأنه عقد اكتساب للمال م: (**وقد يكون هو**) ش: أي عقد الكتاب م: (**أنفع له من البيع ، لأنه**) ش: أي لأن عقد الكتابة م: (**لا يزيل الملك**) ش: أي ملك المولى عن العبد المكاتب م: (**إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله**) ش: أي البيع يزيل الملك قبل وصول البدل وهو الثمن إليه ، فلما ملك البيع فالكتابة أولى م: (**ولهذا يملكه الأب والوصي**) ش: أي ولأجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه بملك الأب الصغير أو وصيه أن يكاتب عبده الصغير .

ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتاق على مال ، لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له . قال : فإن أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى ، لأن له فيه نوع ملك ويصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئًا يثبت الملك للمولى .قال : فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل

م: (**ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له**) ش: أي ثم المكاتب الأول يثبت للمملوك، أي للمكاتب أراد أنه يثبت بالكتابة مالكية التصرف للثاني والأصل أن من ملك شيئًا يملك تمليكه إلى غيره كالمعير يعير ، والمستأجر يستأجر ، بخلاف المودع ، لأن المالك لم يرض بدفعه إلى غيره .

م: (**بخلاف الإعتاق على مال لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق على مال م: (**يوجب فوق ما هو ثابت له**) ش: أي يثبت للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، تحريره أن الإعتاق على مال فوق الكتابة ، لأنه إزالة الملك في الحال على وجه لا يرد له ، وهذا غير ثابت للمكاتب ، ففي تجويزه إثبات أمر للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، وذلك لا يجوز .

م: (**قال فإن أدى الثاني**) ش: أي مكاتب المكاتب ، أي أدى بدل كتابته م: (**قبل أن يعتق الأول**) ش: أراد قبل أداء الأول بدل الكتابة لأنه لا يعتق إلا بالأداء م: (**فولاؤه للمولى**) ش: أي ولاء مكاتب المكاتب يكون للمولى يعني يعتق لتحقق الشرط ، ويكون ولاؤه للمولى م: (**لأن له فيه نوع ملك**) ش: أي لأن للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك ، لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابه للمولى للأول بمنزلة علة ، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكًا للمولى كالأول م: (**ويصح إضافة الإعتاق إليه**) ش: أي إلى المولى م: (**في الجملة**) ش: يقال مولى زيد ومعتق معتقه ، ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه .

ولو أوصى لمولى فلان وليس له معتق في الأحياء وله معتق معتق يستحق هو الوصية م: (**فإذا تعذر إضافته**) ش: أي إضافة عتق الثاني م: (**إلى مباشر العقد**) ش: وهو المكاتب الأول الذي هو العلة م: (**لعدم الأهلية**) ش: أي لعدم أهلية مباشرة العقد لكونه رقيقًا م: (**أضيف إليه**) ش: أي أضيف العقد إلى المولى الذي هو العلة ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند تعذر الإضافة إلى العلة م: (**كما في العبد إذا اشترى شيئًا يثبت الملك للمولى**) ش: فإنه يثبت الملك للمولى لتعذر إثباته للعبد لعدم الأهلية .

م: (**قال : فلو أدى الأول**) ش: أي المكاتب الأول م: (**بعد ذلك**) ش: أي بعد أداء الثاني بدل الكتابة وعتقه ، وكون ولايته للمولى م: (**وعتق**) ش: أي الأول لأداء بدل الكتابة م: (**لا ينتقل**

الولاء إليه ، لأن المولى جعل معتقًا ، والولاء لا ينتقل من المعتق وإن أدى الثاني بعد عتق الأول فولاؤه له ، لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له ، قال : وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز ، لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه، أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة ، وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر . قال : وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب ،

الولاء إليه) ش: أي إلى المكاتب الأول م: **(لأن المولى جعل معتقًا والولاء لا ينتقل من المعتق)** ش: لأن المولى معتق مباشرة من وجه ، بخلاف جر الولاء ، فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة ولكن تسبيبًا باعتبار إعتاق الأم ، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة . والتعذر عند عدم عتق الأب ، فإذا أعتق زالت الضرورة فينتقل الولاء إلى قوم الأب .

م: **(وإن أدى الثاني بعد عتق الأول)** ش: أي إن أدى المكاتب الثاني بدل المكاتبة بعد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة م: **(فولاؤه له)** ش: أي ولاء الثاني للأول م: **(لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل)** ش: لأنه مباشر للعتق م: **(فيثبت له)** ش: أي للعاقد وهو المكاتب الأول .

م: **(قال)** ش: أي في « الجامع الصغير » : م: **(وإن أعتق عبده على مال)** ش: أي إن أعتق المكاتب عبدًا على مال م: **(أو باعه من نفسه)** ش: أي أو باع المكاتب نفس العبد من العبد م: **(أو زوج عبده لم يجز ، لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه)** ش: أراد من توابع الكسب ضروراته مثل إضافة من يعامل معه ، والإعارة له والإهداء إليه بشيء يسير .

م: **(أما الأول)** ش: أي إعتاق عبده على مال م: **(فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني)** ش: وهو بيع عبد على مال فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس .

وكذا الثاني وهو بيع عبد من نفسه م: **(لأنه إعتاق على مال في الحقيقة . وأما الثالث)** ش: وهو تزويج عبده م: **(فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له)** ش: لأن من اشترى عبدًا ووجد له زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب م: **(وشغل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الأمة ، لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر)** ش: أشار به إلى قوله : وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال . م: **(قال وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب)** ش: في جميع ما ذكر ، أي يجوز لهما تزويج أمته وكتابة عبده ، وبه قال مالك وأحمد .

لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرًا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية . قال : فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله : له أن يزوج أمته ، وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

وعن أحمد يجوز إعتاقهما على مال أيضًا . وقال الشافعي لا يملكان كالمكاتب شيئًا من ذلك م: (**لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرًا له**) ش: أما في تزويج الأمة فلما مر آنفًا . وأما في الكتابة فلأنه بالعجز يرد رقيقًا ، فربما كان العجز بعد أداء نجوم ، وذلك لاشك في كونه نظرًا م: (**ولا نظر فيما سواهما**) ش: أي ما سوى تزويج الأمة والكتابة م: (**والولاية نظرية**) ش: هذا الكلام في معرض التعليل ، يعني إنما لا يجوز سواهما ، لأن ولايتهما نظرية ولا نظر في غيرهما .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**فأما المأذون له**) ش: أي العبد المأذون له في التجارة م: (**فلا يجوز له شيء من ذلك**) ش: أي مما ذكر من الأشياء . وفي بعض النسخ فلا يملك شيئًا من ذلك م: (**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : له أن يزوج أمته**) ش: أي للمأذون تزويج أمته م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور م: (**المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان**) ش: قال السفناقي : الأصل في هذا أن كل من كان تصرفه عامًا في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة كالأب والوصي والجد والمفاوض والمكاتب والقاضي وأمين القاضي وكل من كان تصرفه خاصًا في التجارة كالمضارب وشريك العنان والمأذون لا يملك تزويج الأمة عند أبي حنيفة ومحمد ، كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحبوبي .

قلت : وعن هذا قال الكاكي قيل لفظ المفاوض ها هنا سهو من المكاتب لما أن المفاوض كالمكاتب . وقال صاحب العناية ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف . واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف . وقال : ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه .

قلت : أراد ببعض الشروح شرح الأترازي فإنه قال في قوله وعلى هذا الخلاف المضارب . . . إلى آخره .

ولنا في هذا النقل نظر ، لأن المفاوض يجوز له تزويج الامة بالاتفاق ولا يجوز ذلك من أحد شريكي العنان عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله - ألا ترى إلى ما نص الكرخي في «مختصره» في باب المفاوضة : ويجوز لأحد المفاوضين أن يكاتب عبيد التجارة ويأذن لهم في التجارة ، ولا يجوز أن يعتق شيئًا من رقيق التجارة على مال ، ولا يجوز أن يزوج العبد أيضًا ،

ويجوز أن يزوج الأمة ، ويجوز أن يدفع المال مضاربة ، إلى هنا لفظ الكرخي وذكر تزويج الإماء للمفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى ، وكذلك أثبته القدوري - رحمه الله - في شرحه .

وفي شرح « الكافي » : ولأحد المفاوضين أن يكاتب عبداً من تجارتهما وله أن يأذن له في التجارة وليس له أن يعتق على مال ولا أن يزوج الأمة ، وليس لشريك العنان أن يزوج الأمة ولا أن يكاتب ، وكذلك المضارب .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح « الجامع الصغير » فهؤلاء الأصناف الأربعة لا يجوز عتقهم عن مال ، ويجوز كتابتهم . وفي الاستحسان وفي قول بشر لا تجوز كتابتهم ، وإن زوج أحد من هؤلاء أمة جاز النكاح بالاتفاق . انتهى . وأراد بالأصناف الأربعة الأب والوصي والشريك المفاوض والمكاتب ، ثم قال الفقيه ولو كان عبداً مأذوناً أو شريك عنان أو مضارباً زوج أحد هؤلاء الثلاثة لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ويجوز في قول أبي يوسف - رحمه الله - ، ولا يجوز كتابة هؤلاء النفر الثلاثة بالاتفاق . ولو زوج أحد من هؤلاء النفر الثلاثة أو من النفر الأربعة التي ذكرنا العبد امرأة لم يجز بالاتفاق .

وفي شرح الطحاوي : الأب والوصي والمفاوض لا يملكون العتق على مال ويملكون الكتابة ، وهؤلاء الثلاثة يملكون تزويج الأمة وليس لهم تزويج العبد . وأما الصبي المأذون والعبد المأذون والشريك شركة عنان والمضارب لا يجوز الكتابة ولا تزويج العبد بالإجماع ، وفي تزويج الأمة اختلاف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا يجوز ، وعند أبي يوسف يجوز ، انتهى . فعلم أن المفاوض لا خلاف فيه في تزويجه الأمة .

م: (**هو قاسه**) ش: أي أبو يوسف - رحمه الله - قاس المأذون في جواز تزويج الأمة م: (**على المكاتب**) ش: حينئذ يجوز له تزويج الأمة م: (**واعتبره بالإجارة**) ش: أي اعتبر التزويج بالإجارة . فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته ، فكذلك يجوز له أن يزوج أمته .

فإن قلت : لم اختار لفظ القياس في الأول والاعتبار في الثاني .

قلت : نقل الأترازي عن بعضهم أنه قال : استعمل لفظ القياس في المعنيين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة ، لأن المماثلة بين هذين المعنيين ظاهرة إذا لكل منهما ، فك الحجر وإطلاق التصرف فاستعمل لفظ القياس كذلك . وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين ، بخلاف التزويج ، فكان استعمال لفظ الاعتبار أليق .

وقال صاحب العناية : فيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرع فذلك لا يكون بين

ولهما أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب يملك الاكتساب ، وهذا اكتساب . ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد .

عينين ، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته .

قلت : المراد من القياس معناه اللغوي ، وهو التقدير ، يقال قاس الطبيب الجراحة إذا قدر بالمسمار غورها ، والمساواة أيضًا يقاس الفعل بالفعل ، أي ساوى أحدهما بالآخر وجعله على مثاله ، وهذا المعنى ظاهر بين المأذون والمكاتب ، لأن بينهما مساواة في فك الحجر وإطلاق التصرف ، والاعتبار رد الشيء إلى نظيره ، فاستعمال هذا بين التزويج والإجارة ، لأن أحدهما نظير للآخر في الفعلية ، لأن كل منهما تصرف مطلقًا ودعوى صاحب العناية - رحمه الله - الترادف بين القياس والاعتبار غير ظاهرة تحتاج إلى برهان .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا**) ش: أي تزويج الأمة م: (**ليس بتجارة**) ش: لأنه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة كذلك م: (**فأما المكاتب يملك الاكتساب ، وهذا**) ش: أي تزويج الأمة م: (**اكتساب**) ش: لأنه اسم لما يوصل به إلى المال ، وبالتزويج يصل المولى إلى المهر ، فكان اكتسابًا .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن تزويج الأمة ، وهذا دليل آخر م: (**مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة**) ش: أراد أن اعتبار التزويج بالكتابة أولى من اعتباره بالإجارة ، لأن التزويج مبادلة المال بغير المال ، وكذا الكتابة في الابتداء مبادلة مال بغير المال م: (**دون الإجارة**) ش: يعني لا يعتبر بالإجارة م: (**إذ هي**) ش: أي الإجارة م: (**مبادلة المال بالمال**) ش: لأن المنفعة قائمة مقام العين ، فيكون في حكم المال ، ولهذا يصلح مهرًا في النكاح وانتفاء النكاح شرع بالمال م: (**ولهذا**) ش: أي ولأن التزويج ليس من التجارة م: (**لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد**) ش: أي المكاتب والمأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان ، لأن تزويج العبد ليس من التجارة ، لأنه ليس مبادلة المال بالمال ولا هو من اكتساب المال . وقال أبو الخطاب الحنبلي يجوز للمكاتب تزويج عبد، ولنا ما ذكرناه .

***

فصل

قال : وإذا اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل في بيان من يدخل في الكتابة ، وبين فيما مضى من يدخل أصلاً . وها هنا يبين من يدخل تبعًا ، والتبع يلي الأصل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته**) ش: ها هنا أمور، الأول : أنه قدم أباه على ابنه للتعظيم .

وأما في ترتيب قوة الدخول في كتابته فالابن مقدم على الأب ، سواء كان مولودًا في الكتابة أو مشترى ، والمولود مقدم على المشترى ، فإن المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب والمشترى يحرم بيعه حال الحياة ويقبل منه البدل بعد موت الأب حالاً ، ولا يمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية . وأما الأب فإنه يحرم بيعه حالة حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالاً ولا مؤجلاً .

الثاني : أنه قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبًا لكان أصلاً ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك ، بل إذا عجز المكاتب مع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الأصالة .

الثالث : أن حكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه أو ابنه ولم يذكرها اكتفاء بالأب ، ولو ذكرها كان أولى ، وهؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعًا له ، حتى يردون إلى الرق بعجزه كما نبهنا عليه .

وفي « الأجناس » : لو اشترى المكاتب أباه أو جده أو ولده أو أمه ؛ ليس له بيعهم في قول أبي حنيفة . وقالا : ليس له بيع هؤلاء . وفي المجرد قال أبو حنيفة : للمكاتب أن يكاتب أبوه وأولاده المشتراة ، فدل أنهم لم يكاتبوا عليه ، هكذا ذكر صاحب « الأجناس » .

الرابع : يحتاج إلى بيان الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد بين ما إذا كاتب عبدًا على نفسه ولد الصغير ، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء . وإذا أعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه وهو أن المشتري تبع من كل وجه ولا معتبر به في أمر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودًا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده ، فلهذا يسقط ما يخصه .

لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتبًا تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه ، وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا يدخل اعتبارًا بقرابة الولادة إذ وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية . وله أن للمكاتب كسبًا لا ملكًا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد ، حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ، ولا يكفي بغيرها حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر .

الخامس : أن شراءه ذوي أرحامه يجوز عندنا وعند الثلاثة لا يجوز ، لأنه تصرف تبرع كالإعتاق . وقال القاضي الحنبلي يجوز ، لأنه تصرف لا ضرر فيه من السيد ، أما لو اشترى قريبه بإذن السيد ففي صحته للشافعي قولان . وعن أبي إسحاق المروزي من أصحابه القطع بالصحة ، وعند أحمد يجوز ، ثم على قول الصحة يتكاتب عليه ثم في كل تصرف لا يجوز للمكاتب فإذا فعله بإذن السيد للشافعي فيه قولان في قول يجوز وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن المكاتب م: (**من أهل أن يكاتب**) ش: على وزن بناء الفاعل م: (**وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتبًا**) ش: بكسر التاء م: (**تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه**) ش: أراد أن الحر إذا ملك لذي رحم محرم يعتق عليه تحقيقًا لصلة الرحم ، فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يتكاتب عليه تحقيقًا لصلة الرحم بقدر الإمكان .

م: (**وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له**) ش: كالأخ والأخت والعم والعمة م: (**لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا يدخل اعتبارًا بقرابة الولادة إذ وجوب الصلة ينتظمهما**) ش: أي ينتظم قرابة الولادة وذا الرحم المحرم غير الولادة م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبلين م: (**لا يفترقان في الحر في حق الحرية**) ش: أي إذا اشترى الحر أباه يعتق عليه فكذا إذا اشترى أخاه .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن للمكاتب كسبًا لا ملكًا**) ش: لوجود ما ينافيه وهو الرق ، ولهذا لا يفسد نكاح امرأته لو اشتراها وتحل الصدقة له ، وإن أصاب كسبًا ولا يملك الهبة كذا في الأسرار م : (**غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد**) ش: أراد أن قدرته على الكسب توجب الصلة في قرابة الولادة م: (**حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد**) ش : وإن لم يكن موسرًا م : (**ولا يكفي بغيرها**) ش: أي ولا يكفي الكسب بغير الصلة م: (**حتى لا يجب نفقة الأخ**) ش: المعسر على الأخ المعسر ، وإن كان يقدر على الكسب والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص بموضع وجوب الصلة م: (**إلا على الموسر**) ش: أي على الأخ

ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق ، وبالأول في الكتابة وهذا أولى ، لأن العتق أسرع نفوذًا من الكتابة حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه . قال : وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ، ومعناه إذا كان معها ولدها ،

الموسر .

م: (**ولأن هذه قرابة**) ش: أي قرابة الأخوة م: (**توسطت بين بني الأعمام**) ش: التي هي القرابة البعيدة م: (**وقرابة الولاد**) ش: أي وبين قرابة الولاد التي هي القرابة القريبة . الحاصل أن الأخ يشبه بني الأعمام في حق الزكاة وحل الحيلة وقبول الشهادة وجريان القصاص ، ويشبه الولاء في حرمة المناكحة واقتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما إنكاحًا .

فالمشابه للشيئين ذو حظ منهما ، فعملنا بالشبهين م: (**فألحقناها بالثاني**) ش: أي إذا كان كذلك فألحقنا قرابة الإخوة التي هي المتوسطة بالثاني وهو قرابة الولاد م: (**في العتق**) ش: حتى إذا ملك الحر أخاه يعتق عليه ، كما إذا ملك والد ولده م: (**وبالأول في الكتابة**) ش: أي ألحقناها بالأول وهو القرابة البعيدة التي أي بنو الأعمام في حكم الكتابة ، حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته ، كما إذا ملك ابن عمه عملاً بالشبهين وتوفيرًا لهما حفظهما .

م: (**وهذا أولى**) ش: أي العمل على هذا الوجه أولى من العكس م: (**لأن العتق أسرع نفوذًا من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب**) ش: العبد المشترك بينهما م: (**كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه**) ش: أي فسخ العتق .

فلو قلنا يتكاتب عليه أخوه إذا اشتراه وجب علينا أيضًا أن نقول إذا ملك الحر أخاه يعتق عليه أيضًا ، فحينئذ تلزم العمل بشبه قرابة بني الأعمام ، فلا يبقى حينئذ قرابة الأخوة متوسطة بين القرابتين ، لأن المتوسط ذو حظ من الجانبين ، فما لم يعمل لهما لم يبق المتوسط متوسطًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة**) ش: أراد اشتراء أم ولده ومعها ولده منها على ما يجيء الآن ، والأصل في هذا أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة في رقبتها ، وله ملك اليد لا يبطل النكاح م: (**ولم يجز بيعها**) ش: أي بيع أم ولده بعد أن اشتراها ومعها ولده منها ، أما إذا اشترى امرأته ولم يكن لها ولد منه فله أن يبيعها ، لأن النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة ، فلا يمتنع البيع بسببه ، وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها لم يبطل نكاحها وله أن يطأها بالنكاح ، لأنها لم تملك رقبته حقيقة .

م: (**ومعناه إذا كان معها ولدها**) ش: أي معنى قول محمد إذا اشترى أم ولده دخل ولدها في

أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه . وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم . قال عليه الصلاة والسلام : « أعتقها ولدها »

الكتابة ولم يجز بيعها إذا كان منها ولدًا م: (**أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه**) ش: أراد به ما ذكره في أول الفصل ؛ لأنه من أهل أن يكاتب م: (**وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم**) ش: أي في حكم الحرية .

فإن قلت : إذا ثبت للولد حقيقة فينبغي أن لا يثبت للأم حقها ، وها هنا ثبت للولد حق الحرية ، فينبغي أن لا يثبت للأم تحقيقًا لانحطاط رقبتها عن الولد .

قلت : للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقًا لانحطاط رتبتها .

فإن قلت : لم لا تصير مكاتبه تبعًا للولد .

قلت : العقد إنما ورد على المكاتب ، والولد جزؤه ، فيكون واردًا عليه بخلاف الأم .

م: (**قال عليه الصلاة والسلام : « أعتقها ولدها »**) ش: أورده دليلاً على عدم جواز بيع أم الولد المذكور ، لأنها عتقت بعتق ولدها ، لأنه عليه السلام أخبر بهذا ، ثم هذا الحديث أخرجه البيهقي من رواية أبي أويس وأبي بكر بن أبي سبرة عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس ولم يذكر أبو أويس ابن عباس قال : لما ولدت أم إبراهيم ابن النبي ﷺ قال « **أعتقها ولدها** » .

ثم البيهقي رواه من حديث زياد بن أيوب نا بقية عن سعيد بن زكريا عن ابن أبي بشارة عن ابن أبي حسين عن عكرمة عن ابن عباس قال : لما ولدت مارية قال رسول الله ﷺ : « **أعتقها ولدها** » ثم قال : ولحديث عكرمة علة عجيبة ، ثم روى عن سعيد بن مسروق عن عكرمة عن عمر قال : « **أعتقها ولدها ، وإن كان سقطًا** » .

ثم روى عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال عمر - رضي الله عنه - فذكر نحوه ، قال فعاد الحديث إلى عمر - رضي الله عنه - ثم جعله الصحيح .

قلت : هاتان قضيتان مختلفتان لفظًا ، روى عكرمة إحداهما مرفوعة والأخرى موقوفة ، فلا تعلل إحداهما بالأخرى . وقد أخرج الحاكم في « المستدرك » الرواية المرفوعة وقال صحيح الإسناد ثم ذكر لها متابعة . وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عاصم عن أبي بكر النهشلي عن حسين بن عبد الله ، والنهشلي أخرج له مسلم ووثقه جماعة . وقد جاء للحديث متابعة من وجه آخر بسند جيد .

وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - لأنها أم ولد خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ ، إلا أنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعًا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه .

قال ابن حزم : روينا من طريق قاسم بن أصبغ حدثنا مصعب عن محمد حدثنا عبيد الله ابن عمر هو الوقي عن عبد الكريم الحريري عن عكرمة عن ابن عباس قال : «لما ولدت مارية أم إبراهيم -رضي الله عنها- قال رسول الله ﷺ : « **أعتقها ولدها** » ، ثم قال ابن حزم : وهذا خبر جيد السند كل رواته ثقات . وقال في كتاب البيوع صحيح السند وقد بسطنا الكلام فيه في باب الاستيلاد .

م: (**وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب**) ش: يعني لم يجز بيعها م: (**في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ، لأنها أم ولد ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - . وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، لأن كسب المكاتب موقوف**) ش: أي متردد بين أن يؤدي البدل فيعتق وما فضل من البدل له ، وبين أن يعجز فيعود هو وماله للمولى .

ولهذا لا يفسد نكاح امرأته بشرائها ولا تصح تبرعاته فعلم أنه لا ملك له م: (**فلا يتعلق به**) ش: أي بكسبه م: (**ما لا يحتمل الفسخ**) ش: وهو الاستيلاد إذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملاً للفسخ ، وكلاهما لا يجوز . والتحرير أن كسبه موقوف وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد ، لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعًا للأدنى .

م: (**إلا أنه يثبت هذا الحق**) ش: وهو امتناع البيع م: (**فيما إذا كان معها ولد تبعًا لثبوته**) ش: أي لثبوت امتناع البيع م: (**في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت**) ش: هذا الحق م: (**يثبت ابتداء**) ش: أي في ابتداء الأمر م: (**والقياس ينفيه**) ش: يعني لا نص فيه يترك به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها الولد .

فإن قلت : القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فخصص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم .

قلت : ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر ، وهو قوله عليه السلام: « **أعتقها**

وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى فكان حكمه كحكمه وكسبه له ، لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة . فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه .

وكذلك إن ولدت المكاتبة ولدًا ، لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدًا ،

ولدها » ، ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب .

م: (**وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله ، لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل العتق م: (**في المشترى**) ش: أي في الولد المشترى .

فإن قلت : المكاتب لا يملك التسري ولا وطء أمته وبه قالت الثلاثة ، فمن أين له ولد حتى يدخل في كتابته .

قلت : نعم ، إلا أن له في ملك مكاتبه يدًا كالحر ، وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وإن لم يحل وطؤه كما في الجارية المشتركة ، وجارية الابن إذا وطئها الأب وادعى الولد ، والدليل على أن المكاتب مثل الحر في ادعاء ما ذكره في المبسوط بقوله جارية بين حر ومكاتب ولدت فادعاه المكاتب قال الولد ولده ، والجارية أم ولد له ، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها .

ولا يضمن من قيمة الولد شيئًا ، لأن المكاتب بماله في حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر ، فبقيام الملك له في نصفها هنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ، ويثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعًا لثبوت حق الولد .

م: (**فكان حكمه كحكمه**) ش: أي حكم الولد كحكم المكاتب، وبه قالت الثلاثة - رحمهم الله - . وعند الظاهرية ولده من جاريته حر وهل تصير الأمة أم ولد له ؟، للشافعي - رحمه الله - فيه قولان ، أحدهما أنها تصير أم ولد له ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - ، والثاني لا تصير أم ولد له ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وهو رواية عن أحمد - رحمه الله - م: (**وكسبه له**) ش: أي كسب الولد لوالده م: (**لأن كسب الولد كسب كسبه**) ش: إذ الولد كسبه م: (**ويكون كذلك قبل الدعوة**) ش: بكسر الدال ، أي قبل دعوة النسب ، أراد أن الولد والكسب كانا له قبل الدعوة م: (**فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه**) ش: أي اختصاص المكاتب بكسب ولده ، أراد اختصاصه الذي كان ثابتًا قبل الدعوة .

م: (**وكذلك إن ولدت المكاتبة ولدًا**) ش: أي من زوجها أو من زنا يدخل في كتابتها ، وبه قالت الثلاثة م: (**لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدًا**) ش: أي مقررًا ، فصار من الأوصاف القارة الشرعية ، والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق يسري إلى الأولاد ، فأشار إلى ذلك بقوله مؤكدًا ، واحترز به عن ولد الآبقة ، فإن بيعها لا يجوز وبيع

فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد .قال : ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها ، لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية ، قال : وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت

ولدها يجوز ، لأن امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد إذ الإباق مما لا يدوم ، وكذا بيع المستأجرة والحابية ، فإن الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقرونًا بشيء ، لكنه ليس بمؤكد .

فقولهم الأوصاف القارة احترازًا عن مثل هذين الوصفين . وقولهم الشرعية احترازًا عن السواد والبياض والطول والقصر ، فإنها لا تسري ، وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه ، وقال الشافعي في قول : إن للولد ملك المولى فيتصرف فيه كيف شاء .

م: (**فيسري إلى الولد**) ش: أي يسري هذا الوصف وهو حق امتناع البيع إلى الولد م: (**كالتدبير والاستيلاد**) ش: أي كما يسري الوصف الثابت المؤكد في المدبر وأم الولد إلى أولادها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها**) ش: هذا أيضًا بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد ، ولهذا كان الولد داخلاً في كتابة الأم م: (**وكان كسبه لها ، لأن تبعية الأم أرجح**) ش: لما ذكرنا أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد . ثم استوضح ذلك بقوله م: (**ولهذا يتبعها في الرق والحرية**) ش: أي يتبع الولد الأم .

وقع في بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لها ، أي في الدخول يتبعهما خاصة والأول هو الأوجه ، لأن فائدة الدخول هو الكسب ، فإنه قد ذكر في «المبسوط» : لو قتل الابن قاتل خطأً فقيمته للأبوين جميعًا ، ولا يختص بها الأم فينبغي أن تكون في مسألتنا كذا .

قلت : تلك المسألة متصورة فيما إذا قبل الوالدين الكتابة عليه ، وحالهما في ذلك سواء ، إذ لا ولاية لهما عليه ، ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى ، لأن الولد صار مكاتبًا بقبولهما ، فلم يبق للمولى سبيل على كسبه وعلى قيمة رقبته فلابد أن تؤخذ القيمة عنه فتكون للأبوين لأنهما كانا ينفقان عليه في حياته ، وكانا أحق بحضانته .

وأما الولد المولود في الكتابة ، فإن ثبوت الكتابة ها هنا بطريق التبعية وجانب الأم يترجح في ذلك ، لأنه جزء منها ، وهناك ثبوت الكتابة بالقبول وهما في القبول سواء . وفي «الكافي» : لو قبل المولود في الكتابة يكون قيمته للأم ككسبه ، وبه قال الشافعي في قول ، وأحمد ومالك . وفي قول للسيد ، لأنه لا يدخل الولد في كتابتها في قول فيكون قنا للسيد يجوز بيعه وإعتاقه .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت**)

أنها حرة فولدت منه ولداً ثم استحقت فأولادها عبيد، ولا يأخذهم بالقيمة ، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- وقال محمد-رحمه الله-: أولادها أحرار بالقيمة ، لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهذا، لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية أولاده .

ش: أي ادعت م: **(أنها حرة فولدت منه ولداً ، ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم)** ش: أي المكاتب لا يأخذ الأولاد م: **(بالقيمة)** ش: أي بقيمة يؤديها إلى المستحق عندهما على ما يأتي .

م: **(وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج)** ش: فتزوج لقوله من زوجة ثم استحقت فإن ولده عبد عندهما ولا يأخذ بالقيمة م: **(وهذا)** ش: أي الحكم الذي ذكرنا في الوجهين م: **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وقال محمد - رحمه الله - أولادها أحرار بالقيمة)** ش: وبه قال زفر والثلاثة - رحمهم الله - إلا عن الشافعي - رحمه الله - في قول كقولهما وأكثرهم ذكروا قول أبي يوسف مع أبي حنيفة إلا أن أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد وما ذكره الجمهور أصح ، لأنه قوله المرجوع إليه ، وبه صرح القدوري في كتاب التقريب، فقال قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يثبت للعبد حكم الغرور وأولاده عبيد .

وروى زفر عن أبي حنيفة أنه يكون مغروراً ، وهو قول أبي يوسف الأول ، وذكر رجوعه في الدعوى . وقال محمد أولاده أحرار ثم على قول محمد إن كان التزوج من هؤلاء أعني العبد والمكاتب والمدبر بإذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال . وإن كان بغير إذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق ، هذا إذا غرته المرأة بقولها أنها حرة أو غرها بأن زوجها منه حر على أنها حرة ، فإن الأب يرجع بقيمة الولد على الزوج في الحال ، وإن كان الذي غره عبداً أو مدبراً أو مكاتباً فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا ، سواء كان العبد مأذوناً له أو لم يكن .

وأما إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم يزوجها أباها أو تزوجها رجل على ظن أنها حرة وما قالت زوجني فإني حرة فإنه لا يرجع على المخبر ولا على المرأة ولكن يرجع بقيمة الولد على الأمة إذا أعتقت ، لأنها غرته حين زوجت نفسها على أنها حرة وضمان الغرور كضمان الكفالة .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن المكاتب م: **(شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق)** ش: وهو كون الأولى حراً بالقيمة م: **(وهو الغرور)** ش: أي سبب ثبوت هذا الحق هو الغرور وهما مشتركان فيه م: **(وهذا)** ش: أي وجه اشتراكهما في هذا السبب م: **(لأنه)** ش: أي لأن المكاتب م: **(ما رغب في نكاحها)** ش: أي في نكاح تلك المرأة التي زعمت أنها حرة م: **(إلا لينال حرية أولاده)** ش: وفي بعض النسخ حرية الأولاد .

ولهما أنه مولود بين رقيقين ، فيكون رقيقًا ، وهذا ، لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة ، وهذا ليس في معناه ، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل فلا يلحق بالمكاتب .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أنه مولود بين رقيقين**) ش: لأن أباه رقيق ما دام في الكتابة وأمه ظهرت رقبتها بثبوت الاستحقاق م: (**فيكون رقيقًا**) ش: كما إذا كان عالمًا بحالها م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية**) ش: يعني لأن القياس اتباع الولد الأم في الرق والحرية ، لأنه جزؤها .

م: (**وخالفنا هذا الأصل**) ش: أي تركنا هذا القياس المذكور م: (**في الحر**) ش: أي فيما إذا كان الرجل حرًا م: (**بإجماع الصحابة**) ش: فيه نظر لوجود الاختلاف من الصحابة على ما روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في البيوع ، حدثنا أبو بكر بن عياش عن مطرف عن عامر عن علي - رضي الله عنه - : في رجل اشترى جارية فولدت منه أولادًا ثم أقام رجل البينة أنها له قال ترد عليه ويقوم عليه ولدها فيغرم الذي باعها ما غرمه .

قال : حدثنا سفيان بن عيينة عن أيوب بن موسى عن أبي قسيط عن سليمان بن يسار أن أمة أتت قومًا فغرتهم وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل فولدت له أولادًا فوجدها أمة فقضى عمر - رضي الله عنه - بقيمة أولادها في كل مغرور غره ، حدثنا عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن خلاس : أن أمة أتت ناسًا فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم إن سيدها ظهر عليها فقضى عثمان - رضي الله عنه - أنها وأولادها لسيدها وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه .

م: (**وهذا**) ش: أي ولد المكاتب م: (**ليس في معناه**) ش: أي ليس في معنى ولد الحر م: (**لأن حق المولى هناك**) ش: أي في مسألة الحر م: (**مجبور بقيمة ناجزة**) ش: أي حالة أراد أن الحكم حرية الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمته في الحال م: (**وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق**) ش: فكان المانع من الإلحاق به موجودًا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير م: (**فيبقى على الأصل**) ش: وهو أن يكون الولد تابعًا لها م: (**فلا يلحق بالمكاتب**) ش: في هذا الحكم .

واعلم أن قوله لأن حق المولى هناك تجوز بقيمة ناجزة . . إلى آخره يدل على أن عند محمد - رحمه الله - أولاد المكاتب في الصورة المذكورة أحرار بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق ، وهكذا نص عليه في شرح « الجامع الصغير» ، وفي « المبسوط » خلاف هذا وهو أن قيمة الأولاد والمهر يجب في الحال لوجود الإذن من المولى .

قال : وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة ، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق ، وكذلك المأذون له . ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها ، لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر، أما لم يظهر في الفصل الثاني ، لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك**) ش: يعني اشترى مكاتب أمة بشراء صحيح ووطئها م: (**بغير إذن المولى**) ش: والباقية تتعلق بقوله وطئ ، وإنما قال بغير إذن المولى ليتبين به فائدة هذا الحكم في إذن المولى ، فلأن يؤاخذ به الإذن بالطريق الأولى .

ألا ترى أنه يفترق هذا فيما إذا وجد الوطء في النكاح فإنه لو كان مأذونًا بالنكاح فنكحها ووطئها يؤاخذ بمهرها في الحال . ولو لم يكن مأذونًا به لا يؤاخذ بالمهر في الحال بل يؤخر إلى ما بعد العتق م: (**ثم استحقها رجل فعليه العقر**) ش: أي مهر المثل م: (**يؤخذ به في الكتابة**) ش: في حال الكتابة من غير تأخير إلى الإعتاق .

م: (**وإن وطئها على وجه النكاح**) ش: أي بغير إذن المولى بالنكاح م: (**لم يؤخذ به**) ش: أي بالعقر م: (**حتى يعتق ، وكذلك المأذون له**) ش: أي العبد المأذون له في التجارة سواء كان قنًا أو مدبرًا . حكمه كذلك .

م: (**ووجه الفرق**) ش: أي بين الوطء على وجه الملك والوطء بالنكاح م: (**أن في الفصل الأول**) ش: وهو الوطء على وجه الملك م: (**ظهر الدين في حق المولى ، لأن التجارة وتوابعها**) ش: توابع التجارة كالإعارة والضيافة والهدية اليسيرة ، ولكن المراد هنا هو العقر فإنه من توابع التجارة ، لأنه لولا الشراء لما لزم العقر بل لزم الحد فصار وجوب العقر ملحقًا بدين التجارة ، لأنه من التوابع فتكون م: (**داخلة تحت الكتابة**) ش: لأنه إنما ملك الشراء بسبب الكتابة .

فالحاصل أن الكتابة أوجبت الشراء ، والشراء أوجب سقوط الحد ، وسقوط الحد أوجب العقر ، فالكتابة أوجبت العقر ، وهو معنى قوله م: (**وهذا العقر**) ش: أي الذي وجب على المكاتب بسبب وطء المشتراة م: (**من توابعها**) ش: أي من توابع الكتابة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر ، أما لم يظهر في الفصل الثاني**) ش: وهو الوطء بالنكاح م: (**لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة**) ش: أي فلا يشمله الكتابة .

فوجوب العقر هنا باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فيتأخر إلى ما

كالكفالة . قال : وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة، وكذلك العبد المأذون له لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحًا ومرة يقع فاسدًا والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل ، فكان ظاهراً في حق المولى

بعد عتقه م: (كالكفالة) ش: يعني إذا كفل المكاتب يؤخذ به الحرمة ، لأن الكتابة لا ينتظمها .

م: (قال : وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة) ش: أي في حال الكتابة م: (وكذلك العبد المأذون له ، لأنه) ش: أي لأن الشراء م: (من باب التجارة ، فإن التصرف تارة يقع صحيحًا ومرة يقع فاسداً ، والكتابة والإذن ينتظمانه) ش: أي الشراء م: (بنوعيه) ش: وهما الصحيح والفاسد م: (كالتوكيل) ش: يعني إذا وكل وكيلاً يتناول الصحيح والفاسد م: (فكان) ش: أى العقر م: (ظاهراً في حق المولى) ش: لوجود الإذن منه .

***

فصل

قال : وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له ؛ لأنها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر ، لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة .

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل في بيان مسائل أخرى من هذا الباب ، وأتى بها في فصل لكونها نوعًا من جنس مسائل الباب .

م: (**قال : وإذا ولدت المكاتبة من المولى ؛ فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها ، وصارت أم ولد له**) ش: سواء صدقته المكاتبة في ذلك أم كذبته ، لأن للمولى في رقبتها حقيقة الملك ، وللمكاتب حق الملك ، فترجحت الحقيقة على الحق ، فيثبت من غير تصديق ، بخلاف ما لو ادعى ولد أمة المكاتبة ، فإن ثمة لا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتبة ، لأن للمولى حق الملك في اكتسابها دون حقيقته ، فيحتاج إلى التصديق م: (**لأنها**) ش: أي لأن الشأن ، وهذا إشارة إلى دليل المتخير م: (**تلقتها**) ش: أي المكاتبة .

وفي بعض النسخ تلقاها م: (**جهتا حرية**) ش: أي جهتان للحرية ، فبالإضافة سقطت النون وارتفاعها بالفاعلية بقوله تلقتها م: (**عاجلة ببدل**) ش: أي أحد الجهتين عاجل ببدل ، وهو المضي على الكتابة م: (**وآجلة بغير بدل**) ش: أي الأخرى آجل بلا بدل ، وهو أن تعجز نفسها وتصير أم ولد فتعتق بعد موته م: (**فتخير بينهما**) ش: أي إذا كان أمرها دائر بين الجهتين فتخير بينهما م: (**ونسب ولدها ثابت من المولى**) ش: سواء جاءت به لستة أشهر أو لأكثر من ستة أشهر م: (**وهو حر**) ش: أي الولد لا يعلم فيه خلاف .

م: (**لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها**) ش: لأن الدعوة من المولى كالتحرير ، وإنه يملك تحرير ولدها من غيره قصدًا ، فلأن يملك ذلك ضمنًا للدعوة بالطريق الأولى م: (**وما له**) ش: بفتح اللام ، أي والذي له م: (**من الملك**) ش: في الجارية م: (**يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة**) ش: هذا في الحقيقة جواب عما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا تصح دعوته ، فقال الذي له من ملك الرقبة فيها كان لصحة الاستيلاد ، وإن لم يكن له ملك اليد ، وملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب ، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه ، فلأن يثبت من المولى أولى .

وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ، ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن ماتت هي وتركت مالاً تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريًا على موجب الكتابة . فإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد، لأنه حر . ولو ولدت ولدًا آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليها ،

م: (**وإذا مضت على الكتابة**) ش: أراد أنها إذا اختارت الكتابة ومضت عليها م: (**أخذت العقر من مولاها**) ش: أي مهر المثل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول م: (**لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا**) ش: أشار به إلى قوله في فصل الكتابة الفاسدة أنها صارت أخص بأجزائها .

م: (**ثم إن مات المولى**) ش: يعني بعد مضيها على المكاتبة م: (**عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة**) ش: ولا خلاف فيه ، لأنها التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابة ولم تسلم بهذه الجهة فلم يجب البدل .

فإن قلت : كان الواجب أن لا يسقط ، لأن الأكساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة .

قلت : الكتابة تشبه المعاوضة ، فبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل ، ويشبه الشرط فبالنظر إليه يسقط ، ألا ترى أنه لو قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثًا تبطل ، فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين . وقلنا بسلامة الإكساب عملاً بشبه المعاوضة . وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملاً بشبه الشرط .

م: (**وإن ماتت هي وتركت مالاً ؛ تؤدي منه مكاتبتها**) ش: أي بدل كتابتها م: (**وما بقي ميراث لابنها ، جريًا على موجب الكتابة**) ش: وقال أحمد : ما في يدها للسيد ، وبه قال الشافعي في قول ، لبطلان الكتابة . فيكون العتق باستيلاد ، فلا يكون ما في يدها للسيد ميراثًا لابنها .

وقال مالك : من كان معها في كتابتها من ورثتها يؤدي ما بقي من الكتابة ويرث من ذكرنا ممن كان في الكتابة على قسمة الميراث ، ولا يرث منها وارث آخر . قال ابن حزم : هذا قول لم يعرف من أحد وخلاف القرآن والسنة والمعقول .

م: (**فإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد ، لأنه حر . ولو ولدت ولدًا آخر لم يلزم المولى**) ش: بالسكوت ، لأنه بسبب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء . وهذا محرم وطؤها م: (**إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليها**) ش: وفي «مبسوط شيخ الإسلام» هذا إذا مضت على المكاتبة ، أما لو عجزت بنفسها ولم تمض ثم ولدت فإنه يلزم المولى دون الدعوة لحل وطئها حينئذ .

فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد ، لأنه مكاتب تبعًا لها . فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية ، لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها ، قال : وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما ، لأنه تلقتها جهتا حرية ، فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لأن الغرض من إيجاب بدل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه ، فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة ، غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد ،

م: (**فلو لم يدع**) ش: أي المولى نسب الولد الثاني م: (**وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد ، لأنه مكاتب تبعًا لها**) ش: أي لأن الولد الثاني دخل في كتابة أمه ، وهذا يؤدي كتابتها على نجوم أمه م: (**فلو مات المولى بعد ذلك**) ش: أي بعد المكاتبة م: (**عتق**) ش: أي الولد الثاني م: (**وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد**) ش: أي لأن الولد بمنزلة أم الولد م: (**إذ هو ولدها**) ش: أي لأنه ولدها م: (**فيتبعها**) ش: فهي لا تسعى بعد موت السيد ، فكذا ولدها تبعًا لها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا كاتب المولى أم ولده جاز**) ش: والقياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة لعدم تقومها ، فكيف يؤخذ بمقالته بدل الكتابة ، لكن لو جوزه باعتبار أن عقد الكتابة ترد على المملوك ليتوسل به إلى ملك اليد والمكاسب في المال والحرية في ثاني الحال م: (**لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى**) ش: كحاجة غيرها م: (**وذلك بالكتابة**) ش: فكان جائزًا م: (**ولا تنافي بينهما**) ش: أي بين الكتابة والاستيلاد .

وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : أحد ما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل ، والعتق الآخر لا يثبت بهما فكانا متنافيين ، فقال لا تنافي بينهما م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**تلقتها جهتا حرية**) ش: وهما حصول الحرية بالبدل معجلاً ، وحصولها بلا بدل مؤجلاً . وقال : أي القاضي من أصحاب الشافعي : لا يجوز كتابة أم الولد ، لأن الشافعي قال إذا استولد المكاتبة صارت أم الولد بحالها ، وبه قال أحمد .

م: (**فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد**) ش: يعني إن مات المولى قبل أداء بدل الكتابة ولفظ القدوري - رحمه الله - : وإذا مات المولى سقط عنها مال الكتابة ، هكذا أثبته في « شرح الأقطع » ، قال الحاكم الشهيد في « الكافي » : فإن مات المولى قبل أن تؤدى عتقت ولا شيء عليها م: (**لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لأن الغرض من إيجاب بدل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه**) ش: أي على المولى م: (**فسقط**) ش: أي بدل الكتابة م: (**وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة**) ش: بالنسبة إلى البدل م : **غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد**) ش: أي يعتق الأولاد ويخلص لها الكسب .

لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها ، والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة ، لأنها باقية . قال : وإن كانت مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ، ولا تنافي إذ الحرية غير

قال تاج الشريعة أي الأولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاها وهذا في الحقيقة لدفع شبهة ترد وهي أن استتباع الأولاد في الحرية والرقبة بالأم إنما يكون إن لو كانت الأولاد متصلة بالأم حالة الحرية والرقبة ، وها هنا الأولاد منفصلة عنها حال عتقها ، فكيف يعتق الأولاد بعتقها عند موته ؟ . فأجاب عنها بهذا ، وقال : عدم العتق للأولاد المنفصلة إنما يكون إذا لم تكن الأولاد داخلة في كتابة الأم بطريقة التبعية ، وها هنا دخلت في كتابتها تبعًا لها ، فلذلك عتقوا بعتقها وبطلت الكتابة في حق الأم في حق البدل وتبقى في حقها في حق الأولاد والأكساب ، وإليه أشار بقوله .

م: (**لأن الكتابة انفسخت في حق البدل**) ش: أي في حق الأم في حق بدل الكتابة م: (**وبقيت**) ش: أي الكتابة م: (**في حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها**) ش: أي لأن فسخ الكتابة أي بطلانها لأجل نظرها م: (**والنظر فيما ذكرنا**) ش: وهو سقوط الكتابة في حق البدل وبقاؤها في حق الأولاد والأكساب ، لأنه على تقدير إنقاصها في حق الأولاد والأكساب تصير الأولاد أرقاء لورثة المولى ، وكذا تصير الأكساب ملكًا لهم وله نظر لهم في ذلك .

قيل : في كلامه تعالى ، لأنه علل البطلان بانتفاع بقاء الكتابة من غير فائدة ، ثم علله بالنظر لها والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين .

وأجيب : بأن للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب ، وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى .

م: (**ولو أدت المكاتبة**) ش: بنصب المكاتبة ، أي لو أدت أم الولد بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت بدل الكتابة م: (**قبل موت المولى عتقت بالكتابة**) ش: لا بالاستيلاد م: (**لأنها باقية**) ش: أى لأن الكتابة باقية ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي : لا تعتق لبطلان الكتابة على ما ذكره ابن القاضي .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن كاتب مدبرته جاز**) ش: ولا نعلم فيه خلافًا إلا ما روي عن الشافعي أن التدبير وصية ، والكتابة رجوع عنها ، وإنما وضع المسألة في المدبرة لمناسبة أم الولد ، وإن كانت هذه الأحكام في المدبر أيضًا كذلك . وفي « المبسوط» وضعها في المدبر م: (**لما ذكرنا من الحاجة**) ش: عند قوله لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة م: (**ولا تنافي**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : التدبير يقتضي الحرية بلا بدل، والكتابة ببدل فبينهما منافاة فقال : ولا تنافي بين الكتابة والتدبير م: (**إذ الحرية غير**

ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : تسعى في الأقل منهما . وقال محمد - رحمه الله - تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة ، فالخلاف في الخيار والمقدار ، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار ، أما الخيار فمفرع تجزؤ الإعتاق ، والإعتاق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقتها وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير، ومؤجلة بالكتابة فتخير . وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة ، فلا معنى للتخيير .

ثابتة) ش: في المدبرة م: (**وإنما الثابت مجرد الاستحقاق**) ش: أي استحقاق الحرية لا حقيقتها فتوجهت إليها جهتا عتق عاجل ببدل وآجل بلا بدل ، فانتفى التنافي .

م: (**وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة**) ش: أراد ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة ، لأن الكتابة عقدت حال كونها مدبرة ، قيد بقوله : ولا مال له ، لأنه لو كان له مال غيرها ؛ تخرج هي من الثلث ؛ تعتق ويسقط عنها بدل الكتابة ، كما لو أعتقها ، ذكره في المبسوط ، وقد علم أن المدبر يعتق من الثلث عند أكثر أهل العلم ؛ إلا عند النخعي وداود م: (**وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: أي هذا المذكور من الخيار بين السعي في ثلثي القيمة ، وجميع بدل الكتابة هو عند أبي حنيفة -رحمه الله .

م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - : تسعى في الأقل منهما**) ش: أي من ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة ولا تجبر م: (**وقال محمد - رحمه الله - : تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف**) ش: بين أصحابنا الثلاثة في موضعين م: (**في الخيار والمقدار ، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار . ومع محمد - رحمه الله - في نفي الخيار ، أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتاق ، والإعتاق عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**لما تجزأ بقي الثلثان رقيقتها**) ش: لأنه لم يخرج من الثلث .

وفي بعض النسخ بقي الثلثان رقيقًا م: (**وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين**) ش: أحدهما م: (**معجلة بالتدبير**) ش: والأخرى م: (**ومؤجلة بالكتابة فتخير**) ش: على صيغة المجهول من المضارع ، لأن في التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقل المالين أعسر لكونه حالاً وإن كان حبس المال متحدًا . م: (**وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين**) ش: وهما بدل الكتابة والقيمة م: (**فتختار الأقل لا محالة**) ش: بفتح الميم لأن العاقل لا يختار إلا الأقل م: (**فلا معنى للتخيير**) ش: لأنه لما بقي عليها بدل الكتابة حالاً ووجب عليها ثلثا القيمة بالتدبير حالاً لم يكن التخيير مفيدًا .

فيلزمه أقل المالين بلا خيار ، كما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فإنه يلزمه الأقل بلا خيار

وأما المقدار فلمحمد - رحمه الله - أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير ، فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة ، فها هنا يسقط الثلث ، فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة . ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ، وهذا ، لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة ، لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً .

عندهم ، فكذا هنا .

فإن قلت : ينبغي أن يسعى في ثلثي قيمتها عندهما ، لأن الإعتاق لما لم يتخير عندهما بعتق كلها بالتدبير يعتق بعضها ، وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها فحسب .

قلت : صحة كتابة المدبر للنظر لها وهو في أداء بدل الكتابة لاحتمال كونه فجاء الاختيار .

م: (**وأما المقدار فلمحمد - رحمه الله - أنه قابل البدل بالكل**) ش: أي أن المولى قابل كل الكتابة بكل الذات ، لأنه أضاف العقد إلى ذاتها ، فقال كاتبتك على هذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة م: (**وقد سلم لها الثلث بالتدبير**) ش: فيجب أن يسقط بقدر من ثلث البدل ، وبه قال مالك م: (**فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته**) ش: أي بمقابلة التدبير ، لأنه سقط من الثلث ، فإذا أوجبنا البدل بمقابلة كله يكون خلفًا وهو باطل .

م: (**ألا ترى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أنه**) ش: أي الشأن م: (**لو سلم لها الكل**) ش: أي كل البدل م: (**بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فها هنا يسقط الثلث**) ش: يعني فيما إذا لم يخرج من الثلث يسقط م: (**فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة**) ش: يعني لو كاتب عبده أولاً ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق ، وهي المسألة التي تلي هذه المسألة ، لأنه عتق ثلثه بالتدبير ، ولهذا لو أدى كل البدل في حياته يعتق كله ، فلو كان ثلثه يستحق بالتدبير ولم يرد عليه عند الكتابة لما عتق كله بالأداء .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها ، فلا يسقط منه شيء ، وهذا**) ش: أي بيان ذلك وتوضيحه م: (**لأن البدل وإن قوبل بالكل**) ش: أي لأن بدل الكتابة وإن قوبل بكل ذات المدبرة م: (**صورة**) ش: أي من حيث الصورة ، حيث قال : كاتبتك ، فإنه مقابل بكل صورة م: (**وصيغة**) ش: أي : ومن حيث الصيغة أيضًا ، لأن كان الخطاب عبارة عن كل الذات .

م: (**لكنه مقيد بما ذكرنا**) ش: أي كل البدل مقيد بما ذكرنا ، وهو مقابلة بثلثي رقبتها م: (**معنى وإرادة**) ش: أي من حيث المعنى والإرادة ، لأن البدل قوبل بما يصح مقابلته ، وما لا يصح فيما يصح ، فصح فيما يصح مقابلته م: (**لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً**) ش: يعني بالتدبير ، ولكن

والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثًا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة ، كذا ها هنا ، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه ، لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء

الاستحقاق غير متقرر لجواز أن تموت قبل المولى ، فإذا مات تقرر الاستحقاق ، فبطلت الكتابة بمقابلة ما وراء المتسحق بالتدبير ؛ وهو الثلث .

م: (**والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته**) ش: فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء .

فإن قلت : لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى ، لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل .

قلت : أما هذا لا يلزم على أبي يوسف - رحمه الله - لأنه لا يقول يجزئ الإعتاق ، وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فالجواب ما مر إن حكمنا بصحة الكتابة نظرًا للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل ، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرًا له .

م: (**وصار هذا**) ش: هذا الحكم م: (**كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثًا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة**) ش: أي إرادة المطلق ، لأن الظاهر أنه يدفع الألف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لوقوع الطلقتين أولاً بلا مال ، ثم تطليقه ثلاثًا على ألف يدل على أن مراده مقابلة الألف بالواحدة الباقية .

فإن قلت : كيف تكون هذه المسألة المدبرة التي كوتبت ، لأن وقوع الطلقتين هناك ظاهر ، فلأجل هذا جعل البدل بإزاء ما بقي فللمدبرة حق العتق والملك كامل فيها ، ولهذا حل وطؤها فيجوز أن يثبت بإزائه البدل .

قلت : قد سقطت مالية هذا الثلث ها هنا ، ولهذا لو أتلفها إنسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين ، فيكون البدل بأي الباقي م: (**كذا ها هنا**) ش: أي هذا الحكم في مسألة المدبرة التي كوتبت .

م: (**بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة**) ش: جواب عما قاسه محمد بقوله : وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة م: (**وهي المسألة التي تليه**) ش: أي المسألة التي فيها تأخير التدبير عن الكتابة هي التي تأتي تلو الحكم الذي فيه تأخير الكتابة عن التدبير م: (**لأن البدل مقابل بالكل ، إذ لا استحقاق عنده في شيء**) ش: أي عند عقد الكتابة ، فيكون البدل في مقابلة الكل ، فإذا عتق بعض

فافترقا ، قال : وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة ، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك ، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولامال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة ، أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالا : تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ماذكرنا ، أما المقدار فمتفق عليه ، ووجهه ما بينا . قال : وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط

الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة م: (**فافترقا**) ش: أي افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير ، وحكم تأخرها ، فلم يصح قياس محمد على تقدمها .

م: (**قال**) ش: القدوري م: (**وإن دبر مكاتبته صح التدبير**) ش: ولا يعلم فيه خلاف ، لأنه يملك بتخير العتق فيه ، فيملك التعليق بشرط الموت أيضًا ، وكذا الحكم في مدبر مكاتبة ، لكن ذكر لفظ التأنيث لما ذكرنا من المناسبة م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله تلقتها جهتا حرية م: (**ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك**) ش: وبه قالت الثلاثة ، لأن النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة . وإذا عجزت نفسه كان كل ذلك على المولى ، فله أن يدفع عن نفسه ذلك .

وفي « الذخيرة » : هذا فصل اختلف المشايخ فيه ، وهو أن المكاتب إذا أراد تعجيز نفسه وقال المولى لا أعجزك هل تفسخ الكتابة ؟ قال محمد بن سلمة : إذا أبى المولى ذلك التعجيز فله ذلك ولا تفسخ الكتابة بتعجيز ، قال أبو بكر البلخي : هذا خلاف ما ذكره أصحابنا في كتبهم ، فإنهم قالوا للعبد أن يعجز نفسه .

م: (**فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا تسعى في الأقل منهما فالخلاف**) ش: بين أصحابنا الثلاثة م: (**في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا**) ش: أراد به قوله أما الخيار ففرع يجزئ الإعتاق . . إلى آخره .

م: (**أما المقدار**) ش: وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة أو قيمتها على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وكذا على قولهما م: (**فمتفق عليه ، ووجهه ما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأن البدل مقابل بالكل إلى آخره ، هذا لهما ، أما محمد فإنه لما مر على أصله لا يحتاج إلى فرق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه ، وسقط**

بدل الكتابة ، لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه ، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضاء العبد ، والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له ، لأنا نبقي الكتابة في حقه . قال : وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة ، فهو جائز استحساناً . وفي القياس لا يجوز ،

بدل الكتابة لأنه) ش: أي لأن المكاتب م: **(ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق ، وقد حصل له دونه)** ش: أي حصل له العتق بلا بدل الكتابة م: **(فلا يلزمه)** ش: أي إذا حصل له العتق بلا بدل ، فلا يلزمه البدل بعده م: **(والكتابة وإن كانت لازمة)** ش: جواب عن سؤال مقدر ، تقديره أن يقال : الكتابة من جانب المولى فلا يقبل الفسخ ، فقال والكتابة وإن كانت لازمة م: **(في جانب المولى ، ولكنه يفسخ)** ش: أي لكن عقد الكتابة .

وفي بعض النسخ : لكنها - أي الكتابة - تفسخ م: **(برضاء العبد ، والظاهر رضاه)** ش: لأن اللزوم كان لتعلق حقه ، فإذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه ، كما لو باعه المولى أو أجره برضاه، والظاهر رضاه .

م: **(توسلاً إلى عتقه بغير بدل)** ش: ، لأنه إذا رضي به ببدل قبلاً بدل يكون أرضى م: **(مع سلامة الأكساب له)** ش: هذا جواب عن ما عسى أن يقال : قد يكون راضياً ببدل نظراً إلى سلامة الأكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة بفضل بعد أداء البدل منها له جملة ، فقال الأكساب سالمة له .

م: **(لأنا نبقي الكتابة في حقه)** ش: أي في حق الأكساب ذكر الضمير على تأويل المكسوب أو المال . قال تاج الشريعة : أي في حق الكسب أو المكاتب وقوله أو المكاتب لا وجه له على مالا يخفى . وقال الكاكي : ذكر هذا دفعاً لشبهة ترد على قوله مع سلامة الأكساب له وهي ما يقال ينبغي أن لا تسلم له الأكساب ، ويجب أن يكون للمولى كما قالت الأئمة الثلاثة .

لأن الأكساب أكساب عبده ، كما لو عجز نفسه وعاد إلى الرق ، والأكساب في يده بجامع أن في كل منهما انفساخ الكتابة ، فأجاب عنها بقوله : لأنا نبقي الكتابة في حق الأكساب نظراً للمكاتب ، كما أن انفساخ تمثله للمكاتب بعد الإعتاق وفيه نظر .

لأن الرواية لم توجد في كتب محمد ومن بعده من المتقدمين كالطحاوي والكرخي وأبي الليث وغيرهم ينبغي أن تكون الأكساب للمولى بعدما أعتقه كما تجزئ بعد المكاتبة .

م: **(قال)** ش: أي في « الجامع الصغير » : م: **(وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً . وفي القياس: لا يجوز)** ش: وبه قال الشافعي ومالك . وفي

لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربًا ، ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير . وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا ، فلا يكون ربا .

«الحلية » وبه قال أبو يوسف وزفر .

م: (**لأنه اعتياض عن الأجل**) ش: أي لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، لأن الأجل غير مال ، وهو معنى قوله م: (**وهو ليس بمال والدين مال ، فكان ربا**) ش: لأن الكتابة عقد معاوضة ، وهذا لا يجوز في عقد المعاوضة ، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف وذلك عين الربا .

لا يقال هلا جعلت إسقاطًا لبعض الحق ليجوز ، لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقًا .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكونه ربا م: (**لا يجوز مثله**) ش: أي مثل هذا الصلح م: (**في الحر**) ش: بأن كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلاً لا يجوز وقد مر في الصلح، م: (**ومكاتب الغير**) ش: بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة لا يجوز .

م: (**وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به**) ش: أي على الأداء البدل إلا بالأجل . م: (**فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به**) ش: أي ببدل الكتابة ، فلو كان مالاً من كل وجه لصحت الكفالة به م: (**فاعتدلا**) ش: إذا كان الأمر كذلك فاعتدل الأجل ومال الكتابة تحرير بأن الأجل مال من وجه باعتبار أنه لا قدرة له إلا به، وبدل الكتابة مال من وجه .

ألا ترى أنه لا يصلح نصابًا للزكاة ، والمكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده شيئًا فصار كالحقوق التي ليست بمال ، ولهذا لا تصح الكفالة به ، فإذا كان مالاً من وجه والأجل أيضًا مال من وجه فاستويا م: (**فلا يكون ربا**) ش: لوجود الاعتدال وهو المساواة، وبه قال أحمد .

قيل : فيه نظر من وجهين ، الأول : أن المال ما يتمول به وهو يعتمد الإحراز وذلك في الأجل غير متصور . الثاني : أن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظًا ومعنى .

أما لفظًا فلأن أعطى متعد إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام ، وأما معنى فلأنه قال : الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه

ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ،والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة ، بخلاف العقد بين الحرين ، لأنه عقد من كل وجه فكان ربا ، والأجل فيه شبهة . قال : وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة

فات الاعتدال ، إذ الدين مال من وجه ، وإن المراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل .

أجيب عن الأول : أن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به ويحرز صحيح إذا كان ملاء من كل وجه، وليس ما نحن فيه كذلك ، وإنما المراد به ها هنا إنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم .

وعن الثاني : بأن أعطى ضمن يعني اعتبر ومعناه اعتبر لأجل حكم المال ، فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبراً فبين بأنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحًا للقصد ونظراً للمكاتب .

م: (**ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه**) ش: لأنه إسقاط باعتبار أنه فك الحجر ، ولعقد الكتابة شبه بالتعليق بالشرط ، لأنه تعليق العتق بشرط الأداء ، فيكون من هذا الوجه يمينًا .

م: (**والأجل ربا من وجه**) ش: لأن حقيقة الربا يكون بين المالين والأجل ليس بمال م: (**فيكون شبهة الشبهة**) ش: أي يكون كون الأجل ربا شبهة وقعت في شبهة العقد ، فشبهة الشبهة لا اعتبار لها ، والشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة .

فإن قلت : لو كان عقد المكاتبة عقداً من وجه كما ذكرتم كان ينبغي أن يجوز بيع المولى من مكاتبه درهمًا بدرهمين ، وذا لا يجوز ذكره في « المبسوط » .

قلت : المكاتب كالأجنبي من وجه فتجري بينهما صريح الربا بدون شبهة لما ذكرنا ، كذا ذكره المحبوبي م: (**بخلاف العقد بين الحرين**) ش: جواب عن قوله ولهذا لايجوز مثله في الحر .

تقريره ، لأن العقد بين الحرين ، أي عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يجوزم: (**لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة**) ش: فاعتبرت ، فلذلك لم يصح .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف**) ش: أي والحال أن قيمة المكاتب ألف درهم م: (**ثم مات**) ش: أي المولي م: (**ولا مال له غيره**) ش: أي والحال أنه لا مال للمولى غير المكاتب .

م: (**ولم يجز الورثة**) ش: أي التأجيل ، لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل فكان لهم أن يردوه ، إذ بتأجيل المال أخر حقهم ، وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون

فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالاً والباقي إلى أجله ، أو يرد رقيقًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وعند محمد - رحمه الله - يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله ، لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها ، فصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز ، لأن له أن يطلقها بغير بدل .

إجازتهم م: (**فإنه**) ش: أي المكاتب م: (**يؤدي ثلثي الألفين حالاً**) ش: وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهمًا وثلث درهم .

م: (**والباقي**) ش: بنصب الياء يؤدي الباقي وهو ستمائة وست وستون وثلثا درهم م: (**إلى أجله**) ش: أي على الذي عليه م: (**أو يرد رقيقًا**) ش: أي أو يرد المكاتب إلى حاله التي كان فيها رقيقًا م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -**) .

م: (**وعند محمد-رحمه الله - يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي**) ش: أي يؤدي الباقي م: (**إلى أجله**) ش: الذي عينه م: (**لأن له**) ش: أي للمريض م: (**أن يترك الزيادة**) ش: أي على القيمة لأنه لم يتعلق بها حق الورثة .

ثم فسر ترك الزيادة على القيمة بقوله م: (**بأن يكاتبه على قيمته**) ش: أي يكاتبه على قدر قيمته وهو الألف م: (**فله أن يؤخرها**) ش: أي الزيادة ، لما جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الأولى .

ألا ترى أنه يجوز له أن يكاتبه على قدر قيمته ، فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله ، وإنما يعتبر من ماله الألف ، فلا يصح في ذلك تأجيله في ثلثي الألف ، ويصح في الزيادة .

قال صاحب « العناية » : ولو قال : لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل .

قلت : لما كان جواز ترك الزيادة على القيمة لعدم تعلق حق الورثة به فكذلك ترك ثلث الألف ، لأنه لا حق لهم فيها ، وحقهم في الثلثين ، فمن فهم ذلك يلزم فهم هذا فلا حاجة حينئذ إلى ما ادعاه من الأجنبية .

م: (**فصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما إذا خالع المريض امرأته على الألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل**) ش: أراد أنه لو خالع امرأته في مرض موته على ألف إلى سنة ولا مال له غيره ولم يجز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال ، لأنه لو تركه صح بأن يطلقها بلا بدل فصح تأجيله .

لهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل ، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع ، بخلاف الخلع ، لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أدِّ ثلثي جميع الثمن حالاً ، والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع ، وعنده

م: (**لهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (**أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه**) ش: أي على بدل الرقبة ، وفي بعض النسخ عليها . قال الكاكي -رحمه الله- : أي على الزيادة .

وقال الأترازي : -رحمه الله-والتأنيث بتأويل العين التي كوتب عليها ، وإنما قال هذا دفعًا لوهم من يقول إن الكتابة صلة لأنه بدل ما ليس بمال وهو فك الحجر ، فكان كالخلع ، وكان قياس محمد -رحمه الله-صحيحًا فقال إن له حكم العوض ، ولهذا لو كان بدل الكتابة داراً يأخذها الشفيع .

م: (**أحكام الأبدال**) ش: من أخذ الحق بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس في المطالبة ، فإنه لو باع دارًا قيمتها ألف بألفين فالشفيع يأخذها بألفين ، وكذا لو باعها المشتري مرابحة يبيعها بألفين ، ولو أدى المشتري ألفًا وماطل في ألف للبائع أن يحبسه .

م: (**وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل**) ش: لأن المبدل لما كان متقومًا كان حكم بدله حكمه ، فجميع المسمى متعلق به حق الورثة ، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه م: (**والتأجيل إسقاط معنى**) ش: أي إسقاط حق الورثة معنى .

م: (**فيعتبر**) ش: أي التأجيل م: (**من ثلث الجميع**) ش: أي جميع البدل م: (**بخلاف الخلع ، لأن البدل فيه لا يقابل المال**) ش: لأن البضع في حالة الخروج لا يعتبر مالاً م: (**فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل ، فلا يتعلق بالبدل**) ش: أراد أن حق الورثة لم يتعلق بالمبدل لكونه غير مال ، فكذا لا يتعلق بالبدل .

م: (**ونظير هذا**) ش: أي نظير أصل المسألة المذكورة م: (**إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة ، وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة**) ش: ، أي التأجيل م: (**فعندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله-وأبي يوسف -رحمه الله- م: (**يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالاً ، والثلث إلى أجله**).ش: أي أداء الثلث إلى أجله الذي عينه .

م: (**وإلا**) ش: أي وإن لم ترض بذلك م: (**فانقض البيع ، وعنده**) ش: أي عند محمد -

يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى . قال : وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجز الورثة ، يقال له أدّ ثلثي القيمة حالاً أو ترد رقيقًا في قولهم جميعًا ، لأن المحاباة هاهنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

رحمه الله-م: (**يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه**) ش: أي على الثلث ، فيقال له عنده عجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجل م: (**لما بينا من المعنى**) ش: أشار به إلى ما ذكر من الدليل من الطرفين .

والحاصل أن المكافأة في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما ، لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث إن الوارث يصير ممنوعًا عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعًا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة لجريان أحكام الأبدال كما ذكرنا ، وعند محمد -رحمه الله- الأجل فيما زاد يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجز الورثة ، يقال له أد ثلثي القيمة حالاً أو ترد رقيقًا في قولهم جميعًا ، لأن المحاباة ها هنا في القدر**) ش: وهو إسقاط ألف درهم .

م: (**والتأخير**) ش: وهو تأجيل الألف الأخرى م: (**فاعتبر الثلث فيهما**) ش: أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير ، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضًا ، ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير ، والله أعلم .

***

باب من يكاتب عن العبد

قال : وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم ، فإن أدى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفًا فهوحر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط، وإذا قبل العبد صار مكاتبًا ، لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ، ولو لم يقل على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر فأدى لا يعتق قياسًا ، لأنه لا شرط والعقد موقوف . وفي الاستحسان يعتق ، لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الألف

م: (باب من يكاتب عن العبد)

ش:أي هذا الباب في بيان من يكاتب بطريق الفضول أو النيابة عن العبد وتأخيره عن تصرفات الأصيل ظاهر البرهان .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب**) ش: أي يصير مكاتبًا وقوله عن عبد ، أي قبل الحر الأجنبي عقد الكتابة عن العبد فضوليًا ، وقيد بالحر احترازًا عن المسألة التي تليها .

م: (**وصورة المسألة**) ش: أي المسألة المذكورة م: (**أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه**) ش: أي بأداء الحر ، وذا يصح من غير قبول العبد ، ولا يعلم فيه خلاف . م: (**بحكم الشرط**) ش: ، لأنه تعليق العتق بأداء الألف م: (**وإذا قبل العبد صار مكاتبًا**) ش: خلافًا للثلاثة ، فإن عندهم يبطل العقد ولا يتوقف م: (**لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته**) ش: أي على إجازة العبد م: (**وقبوله إجازة**) ش: لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة . فإذا قبله كان ذلك إجازة منه ، فيصير مكاتبًا ، لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، ولو وكله العبد بذلك فقد عقده عليه فكذا إذا جاز بعد العقد .

م: (**ولو لم يقل على أني**) ش: أي لو لم يقل الحر المذكور لمولى العبد على أني م: (**إن أديت إليك ألفًا فهو حر**) ش: بل قال كاتبه على ألف فقال : فعلت عليه .

م: (**فادى**) ش: أي فأدى الحر الألف م: (**لا يعتق قياسًا**) ش: وبه قالت الثلاثة م: (**لأنه لا شرط**) ش: حتى يعتق بوجوده م: (**والعقد موقوف**) ش: على إجازة العبد ، فإن أجاز جاز لما قلنا . م: (**وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق**) ش: أي في توقف العتق م: (**بأداء القائل فيصح**) ش: أي العقد . م: (**في حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الألف**

على العبد ، وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب . ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد ، لأنه متبرع

على العبد) ش: نظراً للعبد وتصحيحًا للعقد بقدر الإمكان .

فإن قلت : ما الفرق بينه وبين البيع ، فإن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيما له وفيما عليه ، وهنا لا يتوقف فيما له ؟ قلت : إن ما له ها هنا إسقاط ، وهو لا يتوقف على القبول ، وما عليه إلزام وهو يتوقف عليه . م: (وقيل : **هذه هي صورة مسألة الكتاب**) ش: أراد أن المسألة التي قال فيها : كاتب عبدك على ألف ، ولم يقل : على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر ، هي صورة مسألة «الجامع الصغير» ، وأشار بهذا إلى أن شراح « الجامع الصغير» - رحمهم الله- اختلفوا في صورة المسألة فصورها بعضهم بما ذكره بقوله : وصورة المسألة أن يقول . . . إلى آخره ، وصورها آخرون بما ذكره في قوله : ولو لم يقل على أني . . . إلى آخره .

م: (**ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد ، لأنه متبرع**) ش: حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر في أدائه وحل له أن يسترد ما أدى إلى المولى إن أداه بحكم الزمان يسترده ، لأن ضمانه كان باطلاً وصورته أن يقول كاتب عبدك على ألف على أني ضامن يرجع عليه لأن ضمانه كان باطلاً لأنه ضمن غير الواجب وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع ، فلو أدى البعض له أن يرجع ، سواء أدى بضمان أو غير ضمان ، ولكن لو أدى البعض بعد إجازة العبد لا يرجع ، لأن ثم حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة العبد عن بعض البدل ، هذا إذا أراد أن يرجع على المولى قبل إجازة العبد ، فلو أراد الرجوع بعد إجارة العبد ، فلو أدى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا ، وإن أدى بغير الضمان لا يرجع سواء أدى الكل ، أو البعض ، هذا إذا قال الحر للمولى كاتب عبدك على ألف .

فإن قال : أعتقته بألف فهو على أربعة أوجه : إما أن يقول أعتقه بألف ولم يزد عليه ، أو قال : أعني بألف ، أو قال : أعتقه بألف ، أو قال : أعتقه عن نفسك بألف علي ، ففي الأول لا يجب على الفضولي شيء إذا أعتقه . ولو أدى يسترد منه ، ولو استهلكه يضمنه . وفي الثاني يقع العتق عن الأمر ، ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة -رحمهم الله- استحسانًا اقتضاء . وفي الثالث لا يلزمه شيء من المال ، لأن الولاء يثبت للمأمور ، فهو المنتفع بملكه فلا يستوجب البدل على الأمر ، لأنه منفعة للزوج في إيقاع الطلاق ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- والصدر الشهيد . وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله- أن المال يلزم الأمر بالإعتاق ، ويقع العتق عنه ، لأن قوله على إيجاب ضمان على نفسه ، ولا حجة له إلا بعد وقوع العتق عنه . وفي الوجه الرابع لا يلزمه المال وله أن يسترده إذا أداه إليه كما في قوله كل طعامك بعوض علي ، بخلاف قوله طلق امرأتك عن نفسك بألف علي حيث يلزمه الألف لما ذكرنا كذا في «جامع شيخ الإسلام» .

قال : وإذا كاتب العبد عن نفسه ، وعن عبد آخر لمولاه ، وهو غائب ، فإن أدى الشاهد ، أو الغائب عتقا ، ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحسانًا . وفي القياس تصح على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعًا ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعًا ، حتى عتقوا بأدائها . وليس عليهم من البدل شيء .

م: (**قال**) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كاتب العبد**) ش: أي إذا كاتب المولي عبدًا م: (**عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب**) ش: بجر غائب ، لأنه صفة لقوله عبد آخر م: (**فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا**) ش: أي الشاهد والغائب جميعًا . م: (**ومعنى المسألة**) ش: أراد شرح المسألة المذكورة المنقولة من « الجامع الصغير » م: (**أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحسانًا . وفي القياس تصح**) ش: أي الكتابة .

م: (**على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه**) ش: كما لو جمع بين عبده وبين عبد غيره فباعهما . وعند الثلاثة لا يصح في حق العبد الغائب .

م: (**وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعًا، والكتابة على هذا الوجه مشروعة ، كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعًا حتى عتقوا بأدائها ، وليس عليهم من البدل شيء**) ش: فإذا نفذ العقد فلا يتوقف على قبول الغائب شيء من بدل الكتابة ، ولا يعتبر رده الكتابة إجازة .

ولو اكتسب شيئًا لا يأخذه المولى من يده وليس للمولى أن يبيعه من غيره ولو أبرأه المولى أو وهبه بدل الكتابة لا يصح ، إذ ليس عليه شيء من البدل ، أما لو أبرأ الحاضر أو وهبه البدل عتقا جميعًا ، كذا ذكره المحبوبي وغيره .

فإن قيل : ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها ، لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه ، حتى أن المولى لو أعتق الأولاد ،لم يسقط من البدل شيء ويعتق الأولاد ، إذ لا عتق لمولى الأم ، بخلاف العبد الغائب ، فإنه مقصود بالكتابة ، من وجه ، حيث أضيف العقد إليهما مقصودًا ، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ، ولا يعتق العبد الغائب سقطت حصته من الكتابة ، ويجب على الحاضر حصته لا غير ، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبول نفوذ مما هو مقصود من وجه بلا توقف .

فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها القياس .

وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون

وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر ، فله أن يأخذه بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصلاً فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه . قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول ، أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه . قال : وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه ، لأن الحاضر قضى دينًا عليه

فيه جهة أصالة أو لا تصحيحًا للعقد ، ونظر المكاتب ، ولاشتماله على المسامحة .

م: (**وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله**) ش: أي فللمولى م: (**أن يأخذه**) ش: أي أن يأخذ العبد الحاضر م: (**بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصلاً فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء ، لأنه تبع فيه**) ش: أي في العقد ، وهذا بذلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وأيهما أدى عتقا**) ش: أي الشاهد والغائب ، قيل : هذا تكرار ، لأنه قال في أول المسألة ، فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا .

وأجيب : بأنه أعاده تمهيدًا لقوله م: (**ويجبر المولى على القبول**) ش: وفي القياس لا يجبر في الغائب ، وبه قالت الثلاثة ، لأن الغائب متبرع غير مطالب بشيء من البدل ، ولكن الاستحسان أن يجبر عليه حتى يعتقا جميعًا بأداء الغائب ، لأن حكم العقد ثبت في الغائب فيما لا يضر به ، ولكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر .

وفي « جامع المحبوبي » : إلا أنه يقبل منه المال حالاً ولا يمكنه من السعاية على نجوم الحاضر نص عليه محمد في المكاتب .

وأشار المصنف إلى وجه الاستحسان بقوله م: (**أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين**) ش: بأن استعار إنسان من آخر شيئًا ليرهن ثم أدى المعير الدين .

م: (**يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه**) ش: وفي بعض النسخ إلى استخلاص الرهن عنه .

م: (**وإن لم يكن الدين عليه**) ش: أي على معير الرهن ، فكذا هنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن لم يكن البدل عليه ، لأنه محتاج إلى استفادة الحرية .

م: (**قال : وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه ، لأن الحاضر قضى دينًا عليه**) ش: ومثله لا يرجع م:

والغائب متبرع به غير مضطر إليه . قال : وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا ، فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء ، والكتابة لازمة للشاهد ، لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا ، قال : وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز ،

(**والغائب متبرع به غير مضطر إليه**) ش: أي من جهة الحاضر ، بخلاف معير الرهن ، فإنه مضطر فيه .

فإن قيل : الغائب ها هنا معير الرهن مضطر ، ولهذا يرجع على المستعير بما أدى ، فكيف قال غير مضطر إليه . فالجواب أنه كهو في جواز الأداء من غير دين عليه لا في الاضطرار .

فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل ، وها هنا ليس كذلك ، بل إنما هو بعوضيه أن يحصل له الحرية ، وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسراناً .

فإن قلت : حق الحرية حاصل بالكتابة فإنه لو لم يؤده فكان مضطراً .

قلت : هو متوهم ، وهو حق الرجوع لم يكن تابعاً فلا يثبت به .

م: (**قال : وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا**) ش: أراد قوله ، لأنه تبع فيه .

م: (**فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء**) ش: يعني لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه ، وكذلك رده لا يؤثر في رد عقد الكتابة عن الحاضر .

م: (**والكتابة لازمة للشاهد ، لأن الكتابة نافذه عليه**) ش: أراد بالشاهد العبد الحاضر ، يعني أن الكتابة لزمت الحاضر قبل إجازة الغائب ، فبعد إجازته لا يتغير ذلك ، والأصل هذا لم يكن للمولى أن يأخذ الغائب وإن قبل .

م: (**من غير قبول الغائب ، فلا يتغير بقبوله**) ش: يعني أن الكتابة قبل القبول نافذة على الشاهد من غير وجوب البدل ، فلا يتغير بقبوله .

فليس للمولى أن يأخذه بشيء من بدل الكتابة . م: (**كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا**) ش: أي حكم الغائب .

م: (**قال : وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز**) ش: يعني إذا قبلت عقد الكتابة عن نفسها وعن ابنيها فالعقد جائز والحكم في العبد كذلك ، وليس في وضع المسألة في أمة فائدة سوى ما ذكره الفقيه أبو جعفر في « كشف الغوامض » أن رواية الجامع من الفائدة ما

وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ، ويجبر المولى على القبول ويعتقون ، لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعًا على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي .

ليس في مكاتب المبسوط فإن هناك المسألة فمن كاتب عبدًا على نفسه وأولاده الصغار .

فلولا رواية « الجامع الصغير » لكان لقائل أن يقول للأب على الصغير من الولاية ما ليس للأم ، فرواية « الجامع الصغير » تبين أن ذلك كله سواء ، وفائدة وضع المسألة في الصغيرين وإن كان في الكبيرين كذلك هي ترتيب ما ذكره من الجواب بقوله وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويعتقون ، لأنه لولا هذا الوضع كان لقائل أن يقول في مثل هذا الموضع إذا أدى أحد الابنين ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية ، بخلاف الأمة وابنها . فإن أداء الأم كأداء ابنها بطريق أنها تستتبعه ، وكذلك أداء الابن كأداء أمه لدخوله في كتابتها تبعًا . أما أداء رهن الابن ليس كأداء أخيه لما أنه لا تبعية بينهما ، ولهذا وضع هذه المسألة في المبسوط في الأولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة ، ولكن اختار في الجامع لفظ التثنية ، لأنه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة . وقال تاج الشريعة : إنما قيد بالصغيرين ليجوز مطلقًا قياسًا واستحسانًا .

م: (**وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون ، لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعًا على ما بينا في المسألة الأولى**) ش: وهي كتابة العبد عن نفسه وعن العبد الغائب ، وذلك أن الأم إذا أدت فقد أدت دينًا على نفسها ، وكل من الولدين إن أدى فهو متبرع غير مضطر ، وفي ذلك لا رجوع .

فإن قلت : إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية .

قلت : إن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم ، لأنه تابع لها من كل وجه . ولو أدت الأم عتقوا ، فكذا إذا أدى أحدهما .

م: (**وهي أولى بذلك من الأجنبي**) ش: أي الأم أولى بذلك من الأجنبي . قال تاج الشريعة : أي من العبد الأجنبي ، أي لما جاز هذا العقد في حق الأجنبي على ما ذكر في المسألة الأولى فأولى أن يجوز عند الأم في حق ولدها ، لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي .

قال صاحب العناية : لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هنا قياس واستحسان ، لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق والله أعلم .

قلت : أشار بذلك إلى ما قاله تاج الشريعة بقوله إنما قيد الصغيرين ليجوز مطلقًا قياسًا واستحسانًا ، وقد ذكرناه آنفًا .

باب كتابة العبد المشترك

قال : وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة ، فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا هو مكاتب بينهما ، وما أدى فهو بينهما . وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده ، خلافًا لهما ، بمنزلة العتق ، لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ . وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل

م: (باب كتابة العبد المشترك)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام العبد المشترك ، ولما كان الواحد قبل الاثنين قدم حكم كتابة الواحد ، ثم أعقبه بحكم كتابة الاثنين وما فوقهما .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كان العبد بين رجلين**) ش: وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى م: (**أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه**) ش: بأن قال كاتب نصيبك من العبد م: (**بألف درهم ويقبض**) ش: بنصب الضاد ، أي وأن يقبض م: (**بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا : هو مكاتب بينهما**) ش: أي بين الشريكين م: (**وما أدى**) ش: أي المكاتب من المال م: (**فهو بينهما**) ش: أي بين الشريكين م: (**وأصله**) ش: أي أصل الاختلاف . وقال الكاكي : أصل قوله فالمال للذي قبض.

م: (**أن الكتابة تتجزأ عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**خلافًا لهما بمنزلة العتق**) ش: أي بمنزلة تجزؤ الإعتاق عنده خلافًا لهما . ولما كانت لا تجزؤ عندهما كان بكتابة أحدهما نصيبه صار كله مكاتبًا على ما يجيء الآن. م: (**لأنها**) ش: أي لأن الكتابة م: (**تفيد الحرية من وجه**) ش: لأن يكون حرًا من حيث اليد م: (**فتقتصر على نصيبه عنده**) ش: أي فتقتصر الكتابة على نصيب المكاتب بكسر التاء عند أبي حنيفة -رحمه الله- م: (**للتجزؤ**) ش: أي لأجل تجزؤ الكتابة .

م: (**وفائدة الإذن**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إذا كانت الكتابة تتجزأ فما الفائدة في إذن أحدهما للآخر بالكتابة ، فقال : وفائدة الإذن م: (**أن لا يكون له**) ش: أي الشريك الذي لم يكاتب م: (**حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن ، وإذنه له بقبض البدل**) ش: أي الشريك الذي لم يكاتب .

قال الكاكي : إنما ذكر هذا ، يعني قوله : وفائدة الإذن لئلا يتوهم أن الإذن شرط في حق جواز كتابة نصيبه ، فإنه لو كاتب نصيبه صحت الكتابة ونفذت بالإجماع عند أبي حنيفة -

....

رحمه الله-في نصيبه . وعندهما في الكل ويثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق ، فلو لم يفسخ حتى أدى البدل عتق حظه عند أبي حنيفة ، وللساكت أن يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من البدل ، لأنه عبد مشترك .

قلت : كيف يقول نفذت بالإجماع ، وفيه خلاف مالك والشافعي -رحمه الله- على ما نبين ، فنقول : إن أذن أحد الشريكين للآخر بالكتابة جازت ، خلافًا لمالك والشافعي في قول، وبغير الإذن أيضًا يجوز عندنا ، ولكن لصاحبه نقضه .

وقال الشافعي ومالك : لا يجوز . وقال أحمد والحسن وابن أبي ليلى : يجوز بغير الإذن أيضًا ولا ينقضه صاحبه ، فإذا أدى العبد البدل ومثله للساكت يعتق .

فإن قيل : الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الإعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال . ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ ، فمن أين كتابة ذلك؟ .

أجيب : بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة ، وإنما هي تشتمل عليها ، فيجوز أن يكون لها حكم يختص وهو ولاية الفسخ لمعنى توجيه ، وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة .

ويصرف الإنسان في خالص حقه إنما يتنوع إذا لم يقصر به الغير ، ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ، ولهذا ينفسخ بتراضيهما فيتحقق المقتضى ، وانتفى المانع .

وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه ، فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والإعتاق والتعليق وإن كان فيها ضرر، لكن المحل لا يقبل الفسخ ، أما الإعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلأنه يمين .

ثم اعلم أن هذا الذي ذكرنا إذا كاتبه أحد الشريكين ، فأما إذا كاتبه الشريكان معًا كتابة واحدة يجوز ، وبه قالت الثلاثة ، فإذا أدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه أو وهب له عتق .

ثم المكاتب بالخيار بعد إعتاق أحدهما إن شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة ، والعتق في قول أبي حنيفة -رحمه الله-وبين العتق والسعاية إن كان معسرًا ، وعند أبي يوسف -رحمه الله- يضمن المعتق إن كان موسرًا ويسعى العبد من نصف قيمته إن كان معسرًا . وعند محمد -رحمه الله- يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من كتابته ، وكذا العبد يسعى في الأقل عند البدل ، أي بدل الكتابة .

إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعًا بنصيبه عليه ، فلهذا كان كل المقبوض له ،

م: (**إذن للعبد بالأداء فيكون**) ش: أي الشريك الآذن م: (**متبرعًا بنصيبه**) ش: من الكسب م: (**عليه**) ش: قال صاحب « العناية » : أي على المكاتب ، فلهذا كان كل المقبوض له ، ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد ، أي فيكون الآذن متبرعًا بنصيبه على العبد .

قلت : فيه تعسف والضمير للعبد كما قال غيره من الشراح م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل كون الشريك الآذن متربعًا بنصيبه من الكسب م: (**كان كل المقبوض له**) ش: أي لشريك الكاتب ، ثم إذا تبرع الآذن بقبض الشريك لم يرجع .

فإن قيل : المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق كان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وسلامة المبيع للمشتري .

وكمن تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاز الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع، لأن مقصوده سلامة البضع للزوج ولم يحصل وها هنا أيضًا مقصوده بالتبرع حصول عتقه ولم يحصل بالعجز .

أجيب : بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث إن مقصود الأول قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدًا له من كل وجه ، والمولى لا يستوجب على عبده شيئًا ، بخلاف البائع أو الزوج ، لأن ذمتهما صالحة لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده .

وفي « الكافي » : ليس للساكت أن يأخذ منه نصيبه ، لأن الإذن له بقبض البدل إذن للمكاتب بالأداء والإذن بالأداء تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب وقد تم بقبض المكاتب فسلم كله كرب الوديعة إذا أمر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل ، هكذا هذا إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه ، لأنه تبرع ولم يتم ولو أذن وهو مريض وأدى من كسب بعض الكتابة صح من كل ماله ، لأن الكسب إذا لم يكن موجودًا حالة الإذن فالآذن لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر من الثلث .

وإنما يتبرع لمنافع العبد حيث أذن له بصرفها في أداء بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لا من الثلث ، لأن حق الورثة يتعلق بالأعيان ، لا بالمنافع ، وإن كان قد اكتسب قبل الكتابة فأذن له في أداء بدل الكتابة يعتبر من الثلث لوجود الكسب وقت الإذن ، وتعلق حق الورثة .

وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ ، فهو أصيل في النصف وكيل في النصف ، فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز . قال : وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول ، لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه ، وصار نصيبه أم ولد له ، لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة

م: (**وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو**) ش: أي الشريك المكاتب م: (**أصيل في النصف**) ش: الذي له م: (**وكيل في النصف**) ش: الذي لشريكه .

م: (**فهو**) ش: أي البدل م: (**بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز**) ش: أي كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الأكساب فهي بينهما فكأن المصنف مال إلى قولهما ، فلذلك أخره فافهم .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه**) ش: أي فادعى الواطئ الولد وصحت دعوته وثبت النسب منه م: (**ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه**) ش: أي فادعى الواطئ الآخر الولد وصحت دعوته وتثبت النسب منه كما في المدبرة المشتركة فإنه يقتصر أمية الولد فيها على نصيبه بالإجماع م: (**ثم عجزت فهي أم ولد للأول**) ش: أي الجارية كلها تصير أم ولد للواطئ الأول بطريق التبيين .

م: (**لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه**) ش: أي في نصيبه ، وفي بعض النسخ فيها أي في الجارية م: (**وصار نصيبه أم ولد له**) ش: بناء على أن الاستيلاد في المكاتبه يتجزأ عند أبي حنيفة -رحمه الله- لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه ، وهذا لا يمكن ، أشار إليه بقوله .

م: (**لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك**) ش: بسائر الأسباب ، فكذا بالاستيلاد م: (**فتقتصر أمومية الولد على نصيبه**) ش: أي إذا كان الأمر كذلك يقتصر كون الجارية أم ولد على نصيب الواطئ الأول . م: (**كما في المدبرة المشتركة**) ش: بأن استولدها أحدهما فإنه تقتصر أمومية الولد على نصيبه بالإجماع فيتحرى الاستيلاد بالاتفاق والمشتركة الجامع أن كلاً من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك .

فإن قلت : التدبير لا يقبل الفسخ والكتابة تقبل فجاز أن يكون الاقتصار على النصف في المدبرة لعدم قبول التدبير للانفساخ .

وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول،لأنه زال المانع من الانتقال ، ووطؤه سابق ، ويضمن لشريكه نصف قيمتها ، لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ، ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ، ويكون ابنه ، لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ، لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر ،

قلت : الاقتصار لعدم قبول التدبير ،الانتقال من ملك إلى ملك على أن نقول الكتابة لازمة في حق المولى أيضًا .

فإن قلت : جاز أن تنفسخ الكتابة بعجزها .

قلت : جاز أن ينفسخ التدبير والاقتصار أيضًا بقضاء القاضي .

م: (**وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً**) ش: قيد بقوله ظاهراً، لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيًا ، وأما بالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها .

م: (**ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن ، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق**) ش: فتصير أم ولد له من ذلك الوقت ، لأن السبب هو الوطء فصار كما إذا سقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد .

م: (**ويضمن لشريكه نصف قيمتها**) ش: أي نصف قيمة الجارية م: (**لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها**) ش: أي ويضمن أيضًا نصف عقر الجارية م: (**لوطئه جارية مشتركة**) ش: أي لأجل وطئه الجارية المشتركة م: (**ويضمن شريكه**) ش: أي شريك الثاني م: (**كمال العقر**) ش: أي عقر الجارية .

فيكون النصف بالنصف قصاصًا ، ويبقى للأول على الثاني نصف العقر م: (**وقيمة الولد**) ش: أي ويضمن أيضًا قيمة الولد م: (**ويكون**) ش: أي الولد م: (**ابنه**) ش: بالنظر الثاني بالنظر إلى الظاهر والحقيقة كما بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه ، أي ابن الثاني بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه بالقيمة . م: (**لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائمًا ظاهراً**) ش: لأنه وطئها على حسبان أن نصفها ملكه ، وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين أن لا ملك له ، فصار كالمغرور .

م: (**وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف**) ش: في موضعه في باب الاستيلاد ، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر ، أشار إليه بقوله م: (**لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر**) .

وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها . وإذا عجزت ترده إلى المولى لظهور اختصاصه ، وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد : -رحمهما الله -. هي أم ولد للأول ، ولا يجوز وطء الآخر ، لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له ، لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن

ش: فإن قيل : فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة ، لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ، ولا قيمة لأم الولد عنده ، فكذا لابنها .

أجيب : بأن هذا على قولهما ، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد .

قيل : هذا ليس بشيء .

والجواب الصحيح : أن عن أبي حنيفة روايتين في تقوم أم الولد ، فيكون الولد متقومًا على أحدهما ، فكان حرًا بالقيمة .

وقيل : عدم تقومها ليس على الإطلاق ، بل متقوم في الجملة فإنه لو كاتب أم ولده جاز بالاتفاق وفيه نظر ، لأن جواز كتابتها لا يدل عند تقومها لاحتمال أن تنعقد الكتابة في حقها بمعني التعليق لا المعاوضة .

وأجيب : بأنه لا يسلم انعقادها تعليقًا بدليل ردها إلى الرق عند العجز ويبطل الكتابة ، ولا يمكن إبطال التعليق بوجه .

قيل : إبطاله عند العجز لفوات وصف الشرط وهو أن يؤدي كل شهر كذا ، وعند العجز فات هذا الوصف .

وأجيب : بأنه لو كان كذلك لم يكن إبقاء عند الكتابة إذا لم يطلب المولى ورده إلى الرق . ولما صح إبطاله يطلب إلى المولى عند العجز وبقاؤه عند عدم طلبه دل أنه انعقد كتابة لا تعليقًا .

م: (**وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة**) ش: يعني قبل العجز م: (**جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها**) ش: بفتح الهمزة جمع بدل م: (**وإذا عجزت ترده**) ش: أي العقر م: (**إلى المولى لظهور اختصاصه**) ش: أي اختصاص المولى به . م: (**وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - هي أم ولد للأول**) ش: وهي مكاتبة له تعتق بأداء البدل إلى الأول .

م: (**ولا يجوز وطء الآخر**) ش: أي الثاني من الشريكين م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لما ادعى الأول الولد صارت أم ولد له ، لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن**) ش: لأن

وقد أمكن بفسخ الكتابة ، لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه . بخلاف التدبيرلأنه لا يقبل الفسخ ، وبخلاف بيع المكاتب ، لأن في تجويزه إبطال الكتابة، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبًا . وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر ، لأن الواطئ لا يعرى عن إحدى الغرامتين .

الاستيلاد وطلب الولد وإنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ .

ولكن كذا ما يثبت به ، ولهذا لا يكمل في القنة بالإجماع م: (**وقد أمكن**) ش: أي تكميل الاستيلاد ها هنا م: (**بفسخ الكتابة ، لأنها قابلة للفسخ فتفسخ**) ش: تكميلاً للاستيلاد م: (**فيما لا تتضرر به المكاتبة**) ش: وهو أمومية الولد ، لأنه لا ضرر لها فيها، بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلاً للابتدال بالبيع والهبة .

ويعتق مجانًا بعد موت المولى م: (**وتبقى الكتابة فيما وراءه**) ش: ما لا يتضرر وهو كونها أحق في أكسابها وأكساب ولدها وسقوط الحد عن الثاني في وطئه .

م: (**بخلاف التدبير**) ش: جواب عن قياس أبي حنيفة المنازع فيه على المدبرة المشتركة . وتقريره أن المدبر خلاف ذلك م: (**لأنه لا يقبل الفسخ**) ش: يعني إلا إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمله ، ويقتصر على نصيب المستولد ، لأنه لا يمكن تكميلها، إذ التدبير لا يقبل الفسخ فيكون مانعًا للنقل من ملك إلى ملك .

م: (**وبخلاف بيع المكاتب**) ش: هذا جواب عن سؤال يرد على المدبرة بأن قيل : هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنًا لصحة البيع فيما إذا باع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنًا لصحة الاستيلاد فقال م: (**لأنه في تجويزه**) ش: أي البيع .

م: (**إبطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبًا**) ش: ولو أبطلناها يتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ، وقيل : يجوز أن يكون قوله : وبخلاف بيع المكاتب بيانًا لقوله ، وتبقى الكتابة فيما وراءه ، فإن البيع مما لا يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت . م: (**وإذا صارت كلها أم ولد له**) ش: أي للأول ، هذا كلام متصل بقوله : صارت كلها أم ولد للأول يعني لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له .

م: (**فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة**) ش: وهي شبهة كونها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة . أو أنها تبقى مكاتبة فيما يتضرر به بالإجماع ، ولا حد على واطىء مكاتبته م: (**ويلزمه جميع العقر، لأن الواطئ لا يعرى عن إحدى الغرامتين**) ش: وهما الحد والعقر .

وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه في حقه نظر للمولى . وإن كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بإبدال منافعها . ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا . قال : ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف - رحمه الله - نصف قيمتها مكاتبة ، لأنها تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان التملك ،

م: (**وإذا بقيت الكتابة**) ش: متصلة بقوله : وتبقى الكتابة فيما وراء ما لا يتضرر م: (**وصارت كلها مكاتبة له**) ش: أي للأول م: (**قيل**) ش: هذا جزاء إذا بقيت ، وقائله الأتريدي .

م: (**يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر** به **المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل. وقيل**) ش: وهو قول عامة المشايخ .

م: (**يجب كل البدل ، لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة**) ش: أي لضرورة تكميل الاستيلاد م: (**فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل**) ش: لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد الأول كما كان .

م: (**وفي إبقائه**) ش: أي إبقاء عقد الكتابة قيل يجوز أن يكون هذا جوابًا عما يقال : الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقط نصف البدل فيجب أن تنفسخ .

ووجهه أن في إبقاء عقد الكتابة م: (**في حقه**) ش: أي في حق نصف البدل م: (**نظر للمولى**) ش: المستولد م: (**وإن كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه**) ش: أي بسقوط البدل فرجحنا جانب المولى، لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ .

م: (**والمكاتبة : هي التي تعطي العقر لاختصاصها بإبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه**) ش: أي اختصاص المولى الأول المستولد م: (**على ما بينا**) ش: أي في تعليل أبي حنيفة .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: في إعتاق المكاتب بين اثنين ، فإن عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتبًا . فكذلك هنا يضمن . م: (**نصف قيمتها مكاتبة**) ش: أي حال كونها مكاتبة م: (**لأنها تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه**) ش: أي النصف سواء م: (**موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان التملك**) ش: وهو لا يختلف باليسار والإعسار .

وفي قول محمد -رحمه الله- يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما . قال :وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير ، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما فظاهر ، لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عند أبي حنيفة -رحمه الله -فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء ، فتبين أنه مصادف ملك غيره ، والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب ، لأنه يعتمد الغرور على ما مر . قال : وهي أم ولد للأول ، فلأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للأول ، لأنه صحت دعوته لقيام المصحح ، وهذا قولهم جميعًا

م: (وفي قول محمد - رحمه الله - يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ، لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما) ش: أي بين الاعتبارين م: (يجب أقلهما) ش: لأنه متيقن .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها) ش: أي بعدما استولدها الأول م: (ثم عجزت بطل التدبير، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (فظاهر ، لأن المستولد تملكها قبل العجز) ش: فانفسخت الكتابة قبل التدبير ، فلا يصح تدبيره . م: (وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه) ش: أي التدبير م: (مصادف ملك غيره، والتدبير يعتمد الملك) ش: أي غير المدبر في التدبير يعتمد ظاهر الملك ، فلا يصح بدونه.

م: (بخلاف النسب ، لأنه يعتمد الغرور) ش: لا الملك يعني يثبت النسب بمجرد الغرور كما لو اشترى أمة فاستولدها فاستحقت لم يبطل النسب، وكان الولد حراً بالقيمة ، فكذا ها هنا م: (على ما مر) ش: أشار به إلى قوله : ويكون ابنه، لأنه بمنزلة المغرور . م: (قال : وهي أم ولد للأول) ش: أي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاد الأول ثم عجزت أم ولد للأول م: (لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا) ش: يعني في تعليل أبي حنيفة -رحمه الله- .

وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال م: (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لأنه تملك نصفها بالاستيلاد ، وهو تملك بالقيمة والولد ولد للأول ، لأنه صحت دعوته لقيام المصحح) ش: وهو الملك في المكاتبة . م: (وهذا قولهم جميعًا) ش: وإن الاختلاف مع بقاء الكتابة ، وها هنا ما بقيت ، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره .

ووجهه ما بينا . قال : وإن كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقالا : لا يرجع عليها، لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة . والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق ، وقد قررناه في الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة -رحمه الله -، لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه ، لأنها مكاتبة قبل ذلك

م: (ووجهه ما بينا) ش: أي في تعليل القولين ، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفًا من قوله وتبين أن الجارية . . . إلى آخره وأما طرفهما قوله : لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له . . . إلى آخره .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإن كانا كاتباها) ش: أي الجارية م: (ثم أعتقها أحدهما وهو موسر) ش: أي والحال أنه موسر غني م: (ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها) ش: أي قيمة الجارية .

م: (ويرجع بذلك) ش: وفي بعض النسخ يرجع به م: (عليها عند أبي حنيفة -رحمه الله - . وقالا لا يرجع عليها ، لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة . والجواب فيه) ش: أي في إعتاق أحد الشريكين القن م: (على الخلاف في الرجوع) ش: فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد ، وعندهما لا يرجع .

م: (وفي الخيارات) ش: فعند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ، إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى في العبد ، وإن شاء ضمن لشريكه قيمة نصيبه . وعندهما ليس إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار . م: (وغيرها) ش: أي وغير الخيارات وهو الولاء وتريد الاستسعاء ، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن ضمن المعتق فالولاء بينهما ، وإن ضمن العتق فالولاء للمعتق.

وعندهما للمعتق في الوجهين جميعًا وإلى ترديد الاستسعاء فإنهما لايريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان إن كان المعتق موسراً يضمن نصيب الساكت ، وإن كان معسراً يسعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة يراه م: (كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق) ش: في باب العبد يعتق بعضه هذا كله إذا عجز .

م: (فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه ، لأنها مكاتبة قبل ذلك) ش: إن معتق البعض عنده كالمكاتب ، وهنا نصيب صاحبه مكاتب بالكتابة السابقة ، فلا

وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبًا إن كان موسرًا ويستسعى العبد إن كان معسرًا لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار . قال : وإن كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره يضمن المعتق نصف قيمته مدبرًا وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى للعبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله -ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه ، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وإعتاقه يقتصر على نصيبه ، لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضًا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرًا ، لأن الإعتاق صادف المدبر . ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لأن المنافع

يصير مكاتبًا بالإعتاق ، وإنما يؤثر في نصيب صاحبه يجعل مكاتبًا بعد العجز ، فلهذا تقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز . م: (وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبًا إن كان موسرًا ويستسعى العبد إن كان معسرًا ، لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار) ش: أي يختلف الضمان بيسار المعتق وإعساره .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإن كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره يضمن المعتق نصف قيمته مدبرًا، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق) ش: هذا ظاهر ، وإن عكس المسألة أشار إليه بقوله . م: (وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ، ويستسعى العبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله –. ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده ، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه ، لكن يفسد به) ش: أي بالتدبيرم: (نصيب الآخر) ش: لسد باب النقل عليه م: (فيثبت له خيرة الإعتاق) ش: أي فيثبت له الخيارم: (والتضمين والاستسعاءكما هو مذهبه) ش: أي مذهب أبي حنيفة .

م: (فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وإعتاقه يقتصر على نصيبه ، لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به) ش: أي بالإعتاق م: (نصيب شريكه) ش: لسد باب الاستخدام عليه م: (فله أن يضمنه قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضًا كما هو مذهبه) ش: أي مذهب أبي حنيفة م: (ويضمنه قيمة نصيبه مدبرًا) ش: أي حال كونه مدبرًام: (لأن الإعتاق صادف المدبر) ش: فيعتبر قيمته مدبرًا .

م: (ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لأن المنافع

أنواع ثلاثة: البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعتاق وتوابعه . والفائت البيع فيسقط الثلث. وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان ،لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاثة عنده ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء ، لأن المدبر يعتق ويستسعى.وقال أبو يوسف ومحمد- رحمهما الله - : إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل ؛ لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قنًا ، لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل ، لأن الإعتاق لا يتجزأ

أنواع ثلاثة : البيع) ش: أي أحدها م: **(وأشباهه)** ش: أي أشباه البيع في كونه خروجًا عن البيع كالهبة والصدقة والإرث و الوصية ، لأن في كل ذلك يزول الملك عن الرقبة كالبيع .

م: **(والاستخدام)** ش: أي النوع الثاني الاستخدام م: **(وأمثاله)** ش: أي أمثال الاستخدام نحو الإجارة والإعارة والوطء م: **(والإعتاق)** ش: أي النوع الثالث الإعتاق م: **(وتوابعه)** ش: أي توابع الإعتاق كالكتابة والاستيلاد والتدبير والإعتاق على مال ، لأن كل واحد منهما يؤول إلى الحرية كالإعتاق م: **(والفائت البيع)** ش: أي الفائت من هذه الأنواع في المدبر النوع الذي هوالبيع ، يعني جوازه م: **(فيسقط الثلث وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان ، لأنه)** ش: أي لأن المدبر م: **(لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق)** ش: فإنه يضمنه ولا يتملكه ، فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك .

م: **(وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاثة)** ش: أي خيار الإعتاق والتضمين والاستسعاء م: **(عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- م: **(فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين)** ش: لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئًا للعتق عن الضمان ، لأن تضمينه متعلق بشرط تملك العين بالضمان وقد فات ذلك بالتدبير .

بخلاف الأول فها هنا نصيبه كان مدبراً حين أعتق فلا يكون شرط التضمين تمليك العين منه ، كذا ذكره المحبوبي م: **(وبقي خيار الإعتاق ، والاستسعاء ، لأن المدبر يعتق ويستسعى ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله -إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل ، لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قنًا)** ش: أي حال كونه قنًا .

م: **(لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل ، لأن الإعتاق لا يتجزأ**

فيعتق كله فلم يصادف التـدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمتـه إن كان موسراً ، ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً ، لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما.

فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده) ش: أي التدبير يعتمد الملك م: (ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً ويسعى العبد في ذلك) ش: أي في النصف م: (إن كان معسراً ، لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما) .

* * *

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال : وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه ، و انتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظرًا للجانبين . والثلاثة هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع

م: (**باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى**)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الكتابة عند موت المكاتب وعند عجزه عن أداء مال الكتابة وعند موت المولى ، وتأخير هذه الأحكام ظاهر التناسب ، لأن الموت والعجز بعد العتق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا عجز المكاتب عن نجم**) ش: النجم هو الطالع ، ثم سمي به الوقت المضروب ، ومنه قال الشافعي أقل التأجيل نجمان ، أي شهران ، ثم سمي به ما يؤدي الوظيفة ومنه حديث عمر -رضي الله عنه - أنه حط عن مكاتب أول نجم حل عليه . أي أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ، ومنه قولهم نجم الدية ، أي أداؤها نجومًا ، والمعنى هنا إذا عجز عن وظيفة من وظائف بدل الكتابة .

م: (**نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقبضه**) ش: أي يطلبه ويقبضه، م: (**أو مال يقدم عليه**) ش: يعني يأتي من وجه من المؤجر م: (**لم يعجل**) ش: أي القاضي م: (**بتعجيزه**) ش: المصدر مضاف إلى مفعوله . وطرأ ذكر الفاعل بتعجيز القاضي إياه ، ويجوز أن يكون مضافًا إلى فاعله وطوى ذكر المفعول م: (**وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظرًا للجانبين**) ش: أي جانب المولى وجانب المكاتب .

وقال الشافعي وأحمد : فإن كان له مال عند غائب مسافة السفر لم يلزم التأخير لطول المدة، وإن كان ما دونها لزمه التأخير إلى أن يحضره ودينه على إنسان إن كان حالاً ، ومن عليه [. . .] وجب التأخير إلى استيفائه .

كما لو كانت له وديعة عند غيره وإن كان مؤجلاً أو على معسر فلا يجب التأخير ولو حل نجم وهو نقد وله عروض يلزمه التأخير إلى بيعه . وفي « شرح الوجيز » : مدة التأخير للبيع ثلاثة أيام ولا يلزم أكثر من ذلك ، وعند مالك إذا عجز نجم يفسخ الكتابة بعد أن يتلوم الأيام وتجتهد في مدة التلوم فيمن يرجى له دون من لا يرجى ، كذا في «الجواهر» .

م: (**والثلاثة**) ش: أي ثلاثة أيام م: (**هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار**) ش: أي لإظهارها م: (**كإمهال الخصم للدفع**) ش: أى لأجل دفعه المدعي ، لأن المراد من الخصم هو المدعى عليه ، والألف واللام فيه بدل من المضاف إليه ، وصورته أن يتوجه عليه الحكم وقال لي بنية حاضرة

والمديون للقضاء فلا يزاد عليه ، فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - . وقال أبو يوسف -رحمه الله -: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي -رضي الله عنه- إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله ، وحالة الوجوب بعد حلول نجم

يؤخر يومًا أو يومين أو ثلاثة . م: (**والمديون للقضاء**) ش: بالجر عطفًا على كإمهال ، أي وكإمهال المديون لأجل قضاء الدين ، صورته ادعى عليه رجل مالاً وأثبته فقال : أمهلني يومًا أو يومين أو ثلاثة لأدفعة إليك فإنه يمهل إلى ثلاثة ولا يزاد .

وجعلوا التقدير من باب التعجيل دون التأخير . والأصل فيه قصة موسى مع الخضر صلوات الله عليهما وسلامه حيث قال في الكرة الثالثة ﴿ **هذا فراق بيني وبينك** ﴾ (الكهف: الآية ٧٨) ، وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام ونظائره كثيرة م: (**فلا يزاد عليه**) ش: أي على ما ذكره من المدة .

م: (**فإن لم يكن له وجه**) ش: أي جهة يتحصل منها المال م: (**وطلب المولى تعجيزه عجزه**) ش: أي القاضي م: (**وفسخ الكتابة ، وهذا**) ش: أي الذي ذكرنا . م: (**عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي - رضي الله عنه - إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق**) ش: رواه ابن أبي شيبة في « مصنفه » في «البيوع » ، حدثنا عباد بن العوام عن الحجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث - رحمه الله- عن علي - رضي الله عنه - قال : «في إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد في الرق» .

ورواه البيهقي في «سننه» من حديث الحارث عن علي -رضي الله عنه - م: (**علقه بهذا الشرط**) ش: أي علقة علي -رضي الله عنه - بهذا الشرط ، والمعلق بالشرط معدوم قبله ، وهذا لا يعرف قياسًا ، فكان كالمروي عنه ﷺ ، وفيه قال أحمد وابن أبي ليلى وابن عيينة والحسن -رحمهم الله- .

وقيل : هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض ، لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط . والجواب ما أشار إليه « فخر الإسلام » : أنه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عن أحدهما كما لو قال إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق . م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن عقد الكتابة م: (**عقد إرفاق**) ش: أي رفق مبناه على المسامحة م: (**حتى كان أحسنه مؤجله**) ش: أي أحسن عقد الكتابة مؤجله ، أراد أن التأجيل والتنجيم أحسن من الكتابة الحالة ، وإن كانت الحالة جائزة عندنا ، وبه قال مالك -رحمه الله- . وعند الشافعي وأحمد -رحمهما الله- لازمان م: (**وحالة الوجوب بعد حلول نجم**) ش: أي حالة وجوب الأداء، يعني إذا تم النجم الأول صار المال حالاً

فلا بد من إمهـال مدة استيـساراً وأولى المدد ما توافق عليه العـاقدان . ولهما أن سبـب الفسخ قد تحقق وهو الـعجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحـد يكون أعجز عـن أداء نجمين ، وهذا ، لأن مقـصود المولى الوصـول إلى المال عند حلول نجم وقد فـات فيـفسخ إذا لم يكن راضـيًا به دونه . بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لابد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخـيرًا ، والآثار متعارضة ، فإن المروي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم فردها فسقط الاحتجاج بها

والعجز عن البدل في الحال لا يثبت الفسخ إلا بعد تأجيل مدة أخرى م: (**فلا بد من إمـهال مدة استيساراً**) ش: يعني تمكينًا للعبد من الأداء أزيل لعذره .

م: (**وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان**) ش: أي حق الآجال مجتمع عليه العاقدان وهو النجم الثاني فإذا مضى مضى الثاني تحقق العجز فيوجب الفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليها العاقدان . م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- م: (**أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحـد يكون أعجز عن أداء نجمين، وهذا**) ش: أي كون العجز سببًا للفسخ .

م: (**لأن مقصـود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فـات فيفسخ إذا لم يكن راضـيًا به دونه**) ش: أي فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضيًا لبقاء الكتابة بدون ذلك النجم الذي شرط أو فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضيًا به بدونه على اختلاف الروايتين، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبدل المولى به ويحتاج إلى قضاء القاضي ، فيه روايتان .

م: (**بخـلاف اليـومين والثـلاثة ، لأنه لابد منـهـا لإمكان الأداء فلم يكن تأخـيـراً**) ش: هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان مقصوداً لمولى الوصول إلى المال عند حلول نجم كان ينبغي أن يتمكن عن الفسخ من غير إمهال ، فأجاب بخلاف اليومين . . . . . إلى آخره .

م: (**والآثار متـعارضة**) ش: جـواب عمـا استـدل به أبو يوسف بأثر علي -رضي الله عنه- ، فبين ذلك بقوله : م: (**فـإن المروي عن ابن عمـر -رضي الله عنه - أن مكاتبـة له عجـزت عن أداء نجم فردها**) ش: فهذا يعارض أثر علي -رضي الله عنه - .

م: (**فسـقط الاحتـجاج بـها**) ش: أي بالآثار للتـعـارض ، فإن الأثـرين إذا تعـارضـا وجـهل التاريخ تساقطا ، فيصار إلى ما بعدهما من الحجة ، فبقي ما قالاه من الدليل بقوله : إن سبب الفسخ متحقق سالمًا عن المعارض .

قلت : هذا الذي ذكره الشراح كلهم ، وفيه نظر ؛ لأن الأثر الذي نسبه المصنف إلى ابن عمر

قال : فإن أخـل بنجم عند غير السلطان فعـجز فرده مولاه برضـاه فهو جائز ؛ لأن الكتـابة تفسخ بالتراضي من غير عذر، فبالعذرأولى . ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ ، لأنه عقد لازم تام فلابد من القضاء أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض . قال : وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق

لم يصح على هذا الوجه ولا أخرجه أحد من أصحاب الآثار . وإنما المنقول عنه ما رواه ابن أبي شيبة في « مصنفه » ثنا وكيع وابن أبي زائدة عن أبان بن عبد الله البلخي عن عطاء أن ابن عمر - رضي الله عنهما - كاتب غلامًا على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده في الرق ، والأثر الذي استدل به أبو يوسف ثابت فكيف يقع التعارض بين ما ثبت وبين ما لم يثبت ، والآفة في مثل هذا الموضع من التقليد.

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**فإن أخل بنجم**) ش: المراد بالإخلال بمركزه إذا ترك موضعه الذي عينه الأمير .

وقال تاج الشريعة : خل الرجل افتقر وذهب ماله ، وكذلك أخل به م: (**عند غيرالسلطان**) ش: أي عند غير القاضي ، والقاضي يطلق عليه السلطان ، وكذا على كل من له حكم حتى أن الرجل سلطان في بيته ، والسلطان في الأصل اسم للحجة ثم أطلق على الحاكم بطريق قولهم للرجل العادل عدل .

م: (**فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز ، لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر ، فبالعذر أولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ ، لأنه عقد لازم**) ش: من جهة المولى لا يقدر على الانفراد م: (**تام**) ش: يعني ليس فيه شرط خيار .

م: (**فلا بد من القضاء أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض**) ش: يعني إذا وجد المشتري بالبيع عيبًا بعد القبض فإنه لا ينفرد بالفسخ ، فكذا هذا ، وبه قال مالك والشافعي في قوله وفيه رواية أخرى ذكرها في الذخيرة أن هذا عيب يمكن قبل أداء الكتابة فينفرد بالفسخ بدون القضاء ، كما لو وجد المشتري عيبًا قبل القبض وبه قال الشافعي في قول وأحمد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق**) ش: قال الأترازي : وقوله : عجز وقع في الفسخ على صيغة المبني للفاعل من الثلاثي ، وكذلك إن كان وقع أيضًا .

وعندي الوجه فيه أن يقال بلفظ المبني للمفعول من مزيد الثلاثي ، ، لأن بمجرد العجز لا تنفسخ الكتابة ولا يعود المكاتب إلى الرق ، بل يحتاج بعد ذلك إلى القضاء أوالرضى ، ألا ترى إلى ما قال في أول الكتاب وإذا عجز المكاتب لم يعجل الحاكم تعجيزه . وقال أيضًا فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه إن طلب المولى من الحاكم تعجيز المكاتب عجزه

لانفساح الكتابة ، ومـا كان في يده من الأكساب فهو لمولاه ، لأنه ظهـر أنه كسب عبده ، وهذا ، لأنه كان موقوفًا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف . قال : فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى مـا عليه من ماله وحكم بعتقه في آخـر جزء من أجزاء حياته وما بقي فـهو ميراث لورثته ويعتق أولاده ، وهذا قول علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - ،

الحاكم ، ويدل على هذا ما قال الشيخ أبو نصر في شرحه في التعليل بقوله وذلك لأن في تعجيزه فسخ الكتابة .

قلت : لا يحتـاج تطويل عظيم بل الأوجـه عـجز على بناء الفـاعل من الثـلاثي ، لأن هذا الكلام مترتب على ثبوت العجز قبل هذا فكان هذا مطاوع لذلك الفعل المتعدي ، أعني التعجيز السابق ، فكان قائلاً يقول إذا عجز المكاتب بحكم الحاكم أو برضاه كيف يكون حكمه ، فقال وإذا عجز عاد إلى الرق فافهم .

م: (**لانفساخ الكتابة ، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه ، لأنه ظهر أنه كسب عبده، وهذا**) ش: أي وجه الظهور . م: (**لأنه**) ش: أي لأن الكسب م: (**كان موقوفًا عليه أو على مولاه**) ش: لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه م: (**وقد زال التوقف**) ش: بالعجز .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه**) ش: أي من بدل الكتابة م: (**من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي**) ش: من ماله بعد أداء بدل الكتابة م: (**فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده**) ش: أي المولودون في الكتابة ، وكذا المشترون فيها .

م: (**وهذا قول علي وابن مسعود -رضي الله عنهما-**) ش: قول علي -رضي الله عنه- أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو الأحوص عن سماك عن قابوس بن أبي المحارق- رحمه الله- عن ابنه قال : بعث علي محمد بن أبي بكر -رضي الله عنه- على مصر فكتب إليه يسأله عن مكاتب مات وترك مالاً وولدًا ، فكتب إليه إن كان ترك مكاتبه يدعى مواليه فيستوفون ، وما بقي كان ميراثًا لولده . ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري وإسرائيل عن سماك مثل ذلك .

فإن قلت : أخرجه البيهقي في سننه من طريق الشافعي -رحمه الله- أنا عبد الله ابن الحارث عن ابن جريج .

قلت : لعطاء المكاتب يموت وله ولد أحرار ويدعي أكثر مما بقي عليه من كتابته ، قال : يقضى عنه ما بقي وما فضل فلبنيه .

وبه أخذ علماؤنا . وقال الشافعي - رحمه الله - تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه لمولاه ، وإمامه في ذلك زيد بن ثابت - رضي الله عنه - ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل ، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً أو يثبت قبله أو بعده مستنداً لا وجه إلى الأول

قلت : أبلغك هذا عن أحمد ، قال زعموا أن عليًا كان يقضي به وقال الشافعي -رحمه الله- لا أدري أثبت عنه أم لا .

قلت : هذا ثابت عن علي كما ذكرناه والحسن . وقال مالك نحواً من ذلك . وقال ابن حزم : وبه يقول معبد والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة والحسن بن حي وإسحاق بن راهويه . وأما قول ابن مسعود فرواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال كان عبد الله يقول يؤدي إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبة ولورثته ما بقي .

م: (وبه) ش: أي بقول علي وابن مسعود -رضي الله عنهم- م: (**أخذ علماؤنا ، وقال الشافعي - رحمه الله - : تبطل الكتابة ويموت**) ش: أي المكاتب م: (**عبداً وما تركه لمولاه**) ش: وبه قال أحمد وقتادة وأبو سليمان وعمر بن عبد العزيز . وقال الأترازي : وبه قال النخعي والشعبي .

قلت : قد ذكرناه عن ابن حزم آنفًا أنه ذكر النخعي والشعبي فيمن قال بقولنا ، م: (**وإمامه**) ش: أي إمام الشافعي .

م: (**في ذلك**) ش: أي فيما ذهب إليه م: (**زيد بن ثابت -رضي الله عنه-**) ش: رواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال : كان زيد يقول : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم لا يرث ولا يورث .

م: (**ولأن المقصود من الكتابة**) ش: هذا استدلال بالمعقول ، تقريره : أن المقصود من الكتابة م: (**عتقه**) ش: أي عتق المكاتب م: (**وقد تعذر إثباته**) ش: أي إثبات العتق ، لأن الميت المكاتب ليس بمحل للعتق م: (**فتبطل**) ش: أي الكتابة .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى بيان بطلان العتق م: (**لأنه**) ش: أي لأن العتق م: (**لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً**) ش: أي على ما بعد الموت م: (**أو يثبت قبله**) ش: أي قبل الموت م: (**أو بعده مستنداً**) ش: أي أو يثبت بعد الموت حال كونه مستنداً إلي حال حياته ، فهذا ثلاثة أحوال كلها باطلة . أشار إليه بقوله : م: (**لا وجه إلى الأول**) ش: وهو أن يثبت بعد الممات مقصوداً م:

لعدم المحلية ، ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال، والشيء يثبت ثم يستند. ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ، فكذا بموت الآخر ، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق ، بل أولى ، لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية

(**لعدم المحلية**) ش: لأن الميت ليس بمحل لإنشاء العتق ، ولا بد له من محل . م: (**ولا إلى الثاني**) ش: أو إلى قضاء الثاني وهو أن يثبت العتق قبل الموت م: (**لفقد الشرط ، وهو الأداء**) ش: لأن المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وإلا يلزم وجود المشروط .

قيل : وجود الشرط وهذا بخلاف موت المولى ، فإن العقد يبقى ويعتق بالأداء إلى ورثته ، لأن المولى ليس بمعقود عليه ، بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد .

م: (**ولا إلى الثالث**) ش: أي ولا وجه أيضًا إلى الثالث ، وهو أن يثبت العتق بعد الممات يستند إلى حال حياته ، لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ، وهو معنى قوله م: (**لتعذر الثبوت في الحال**) ش: أي ثبوت العتق م: (**والشيء يثبت ثم يستند**) ش: هذا لم يثبت فلم يستند . م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن عقد الكتابة م: (**عقد معاوضة**) ش: احترز به عن النكاح والوكالة ونحوهما م: (**ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى**) ش: فالكتابة لا تبطل بموت المولى م: (**فكذا بموت الآخر**) ش: وهو المكاتب م: (**والجامع بينهما**) ش: أي بين موت المولى وموت المكاتب في عدم البطلان .

م: (**الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق**) ش: يعني إذا جاز إبقاء العقد بعد موت المولى لحاجته إليه ليصل إلى مقصوده ، وهو الولاء ، فكذا يجوز إبقاء العقد بعد موت المكاتب لحاجته ليصل إلى مقصوده ، وهو شرف الحرية م: (**بل أولى**) ش: أي بل إبقاء العقد في جانب المكاتب أولى م: (**لأن حقه**) ش: أي حق المكاتب ، م: (**آكد من حق المولى ، حتى لزم العقد في جانبه**) ش: حتى لو أراد المولى أن يبطله ليس له ذلك، بخلاف المكاتب ، فإن الذي استحق المولى من قبله ليس بلازم ، حتى لو عجز نفسه يبطل حقه ، فإذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب . وأنه ألزم أولى أن لا تبطل .

قيل : قوله ولا يجوز أن يكون جوابًا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد ، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ، وجهه ما بيناه آنفًا . م: (**والموت أنفى**) ش: بالنون والفاء من النفي ، وهو صيغة أفعل للتفضيل م: (**للمالكية منه**) ش: أي من الموت م: (**للمملوكية**) ش: أراد أن موت المكاتب ، لأن بقاء الكتابة تنتقل من صرف المكاتب إلى المالكية والمعتقية ، وهي عبارة عن القادرية والفاعلية ومن طرف المكاتب إلى المملوكية وهي عبارة عن

فينزل حيًا تقديراً ، أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ، ويكون أداء خلفه كأدائه ،

المقدورية والمفعولية والموت آنفًا للقادرية والفاعلية منه للمقدورية والمفعولية ، إذ القادرية لا تجتمع مع الموت ، والمقدورية تجتمع معه .

ولما أسقط الشرع اعتبار أقوى المناقضين في فصل موت المكاتب لحاجة العبد لا حصول شرف الحرية وحاجة المالك إلى ما يتعلق بالمعتقية من الآثار والأحكام ، فلأن يسقط اعتبار أدنى المناقضين كان ذلك أولى ، أو نقول المالكية قدرة المملوكية عجز ، والموت عجز أيضًا ، فالمنافاة بين القدرة والعجز والتحقيق هاهنا أن الإجماع انعقد على جعل المولى معتقًا بعد موته بالطريق الأولى ، لأن الإعتاق فعل ، وكونه معتقًا وصف وليس بفعل ، والموت ينافي الأفعال ولا ينافي الصفات ، فإذا جعل معتقًا بعد الموت كان جعل المكاتب معتقًا بالطريق الأولى .

م: **(فينزل حيًا تقديراً)** ش: إذا كان الأمر كذلك ينزل المكاتب حيًا تقديراً ، وهذا جواب عن الترديد الذي ذكره الخصم .

تحريره أن ثبوت الحرية على كل طريق ممكن ولا يلزم الفساد ، لأنه لو ثبت الحرية بعد الموت ينزل حيًا كما ينزل الميت في حق بقاء التركة ، على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق .

وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث لو ثبت قبل الموت تستند الحرية مع إسناد سببها ، وهو معنى قوله م: **(أو يستند الحرية)** ش: وفي بعض النسخ أو يسند الحرية م: **(باستناد سبب الأداء)** ش: الذي هو عقد الكتابة م: **(إلى ما قبل الموت)** .

ش: **فإن قيل** : يلزم تقديم المشروط على الشرط .

أجاب المصنف : بقوله م: **(ويكون أداء خلفه كأدائه)** ش: فلا يلزم من ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء ، بل يقدر الأداء قبل العتق .

فإن قيل : الأداء فعل حسي ، والإسناد إنما يكون في التصرفات الشرعية .

أجيب : نعم فعل النائب مضاف إلى المنوب ، وهذه الإضافة وشريعته من رمى صيدًا فمات الرامي قبل أن يصيب ثم أصاب صار مالكًا له ويورث عنه ، والميت ليس بأهل .

ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب فالملك وتمامه بالإضافة إلى آخر من أجزاء حياته فكذا ها هنا لما كان السبب منعقدًا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الأداء ، والأداء جائز بعد الموت .

والحكم هو وقوع العتق مما يمكن إثباته من حين الموت كالملك ، ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته إما بأن يقام الترك الموجود في أجزاء حياته مقام التخلية من المال والمولى وهو الأداء المستحق عليه ، أو يكون أداء خلفه كأدائه .

توضيح هذا : أنه متى غلب على ظنه الموت وظهرت أماراته وانقطع رجاء الحياة يكون الظاهر أنه يخلي بين المال والمولى ليصل بذلك إلى شرف حرية نفسه ، وحرية أولاده وسلامة أكسابه .

فعلم من ذلك أن الإشراف على الموت سبب لأداء المال ، فإذا أدى خلفه عنه استند الأداء إلى ما قبل الموت ، فصار كأنه أداه بنفسه ، ويكون المراد من قوله بإسناد سبب الأداء ، أي بإسناد هو الأداء لا العقد ، إذ لو أريد من سبب الأداء العقد لاستند الأداء إلى زمان العقد وليس كذلك ، بل الاستناد إلى ما قبيل الموت .

ولو أريد بالسبب الموت فله وجه أيضًا ، لأنا إنما نثبت الإسناد بالضرورة وهي تندفع بالاستناد إلى ما قبيل الموت .

فلا تستند إلى أول العقد ، هذا ما قرره شيخ تاج الشريعة - رحمهما الله - .

فإن قيل : لو قذفه قاذف بعد إذ أبدل الكتابة في حياته يحد قاذفه ، ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد .

قلنا : تثبت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته إليها ، والثابت بالضرورة لا يعدي موضعها ، فلا تظهر في حق أخصائه ، فلا يحد قاذفه ، مع أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحرية ها هنا تثبت مع الشبهة ، وما يثبت الاستناد يثبت من وجه .

م: (وكل ذلك ممكن) ش: والإشارة إلى ما ذكره من قوله وينزل حيًا ، وقوله أو يستند الحرية . . . إلى آخره ، ويكون أداء خلفه كأدائه م: (على ما عرف تمامه) ش: أي تمام أصل هذا الخلاف م: (في الخلافيات) ش: أراد بها نسخ الخلافيات ، فإن المحققين من أصحابنا المتقدمين صنفوا نسخًا مشتملة على المسائل الفقهية الخلافية ، وطريقة الخلاف . وذكروا فيها كثيرًا من المسائل الخلافية ، غير أنهم ما ذكروا من مسائل المكاتب إلا هذه المسألة وحدها .

وقد قال صاحب « العناية » : عليك باستحضار القواعد الأصولية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس ، فإن تعذر ذلك فارجع إلى الأصول الجدلية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعى الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله ، فإن يسر الله

....

عليك ذلك يقبض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين ، فذلك الفوز العظيم قدره ، وإلا فإياك ودعوى معرفة الهداية ، فتكون من الجهله الذين ظهر عند ذوي التحصيل عذرهم فألحق بالآخرين الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعًا انتهى كلامه .

فنقول - وبالله التوفيق - : المدعي ها هنا أن موت المكاتب لا يوجب الفسخ ، لأن موت المولى لا يوجبه ، فكذا موت المكاتب ، لأن العدم في الصورة الاتفاقية ثابت بالإجماع ، فكذا في النزاعية بالقياس عليه ، لأن العدم في الاتفاقية إنما كان لتحصيل المصالح المتعلقة بالعقد بشهادة المناسبة ، فكذا في النزاعية وهي الإضافة في الدعوى ، فإن منع حققها في تلك الصورة .

أجيب : إنما هي محققة فيها ، فإن المسألة المتعلقة بالعقد أمور مطلوبة ، فإن منع المطلوبة أجيب بأنه مكابرة ، لأنها هي المطلوبة في التحقيق عند العقلاء ، فإن كان عاقلاً لو خير بين أن يحصل المصالح المتعلقة بالعقد وبين أن لا يحصل فإنه كان يختار الحصول على عدم الحصول .

فإن قيل : الأصل في الحكم في الأصل أن لا يضاف إلى المشترك لرجحانه .

أجيب : بأن الحكم يضاف إلى ما هو اللازم فيهما أو في الفرع على تقدير اللزوم في الأصل، وأنه هو المشترك بينهما .

تحقيقه أن الحكم في الأصل أن يضاف إلى المشترك ، لأنه يضاف إليه أو إلى ما يحقق الإضافة إليه ، يعني تحقق إضافة إلى الإضافة إلى المشترك لقيام الدليل على كل واحد منهما وهو المناسبة . فأما ما كان يكون مضافًا إلى المشترك فإذا ثبت هذا نقول العدم في الاتفاقية يدل على أحد الآمرين ، أحدهما المشترك بين الوجوبين ، وهو كون الوجوب محصلاً للمصالح المتعلقة بالعقد لا يكون عنه أصلاً . يعني لا في الأصل وهو الصورة الاتفاقية ، ولا في الفرع وهو الصورة النزاعية .

والثاني المشترك بين العدمين وهو المانع عن الوجوب قطعًا ، فإنه إذا لم يتحقق أحدهما يلزم الوجوب في الاتفاقية بالمقتضى السالم عن المعارضين القطعيين ، أحدهما مانعة المشترك بين العدمين ، معاوضة للمقتضى للوجوب . وأما بيان الأمرين فلأنها تقتضي العدم فيهما ، والثاني شمول العدم ، أما كون مانعية المشترك بين العدمين معاوضة للمقتضى للوجوب ، وأما بيان الأمرين فلأنها تقتضي العد فيهما لأن المشترك بين العدمين إذا كان مانعًا فيهما كان العدم في الاتفاقية ثابتًا . وأما كون شمول العدم معارضًا للمقتضى للوجوب فظاهر ، وأما بيان سلامة المقتضى على تقدير عدم الأمرين فلأنهما منتفيان على هذا التقدير .

وقال : وإن لم يترك وفاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ، فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد ؛ لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه ، فيخلفه في الأداء ، وصار كما إذا ترك وفاء وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له : إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقًا قال : وهذا عند أبي حنيفة ـ رحمه الله - ، وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة ، والجامع أنه مكاتب عليه تبعًا له ، ولهذا يملك المولى إعتاقه، بخلاف سائر أكسابه .

أما انتفاء مانعية المشترك فظاهر ، وأما انتفاء شمول العدم فلانتفاء لازمه وهو عدم علية المشترك من لوازم شمول العدم من لوازم علية المشترك بالضرورة أن المشترك بين الوجوبين إذا كان علة راجحة للوجوب في إحدى الصورتين يلزم الوجوب في الأخرى عملاً بالعلة الراجحة فيلزم شمول العدم ، فثبت أن العدم في النزاعية من لوازم أحد الأمرين ، فيكون العدم في الاتفاقية مستلزمًا لأحدهما بالضرورة ودليل على الآخر والحال أن العدم في الاتفاقية مستلزمًا لأحدهما بالضرورة ، ودليل على الآخر والحال أن العدم في الاتفاقية ثابتة بالإجماع فيلزم أحد الأمرين ، فأيهما لزم يلزم المدعي وهو العدم في النزاعية ، فافهم .

م: (**وقال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن لم يترك وفاء**) ش: أي ما يؤدي به بدل الكتابة م: (**وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه**) ش: وهذا بالاتفاق لدخوله في كتابته م: (**فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد**) ش: أي حكمنا بعتق الولد أيضًا م: (**لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء ، وصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما إذا ترك وفاء**) ش: يعني لو ترك وفاء كان يعطي بدل الكتابة منه ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق ولده أيضًا .

م: (**وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقًا قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله - : م: (**وهذا**) ش: يعني هذا الحكم المذكور في الولد المشترى م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وأما عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة**) ش: أي قياسًا عليه م: (**والجامع**) ش: أي المعنى الجامع بين المقيس والمقيس عليه م: (**أنه مكاتب عليه**) ش: أي أن الولد المشترى مكاتب على أبيه المكاتب م: (**تبعًا له**) ش: أي حال كونه تابعًا لأبيه م: (**ولهذا**) ش: [illegible] لأجل كونه تبعًا له م: (**يملك المولى إعتاقه**) ش: أي إعتاق الولد المشترى في الكتابة ، وهذا الاستدلال على أن المشترى في الكتابة كالمولود فيها م: (**بخلاف سائر أكسابه**) ش: فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ، ولهذا لا يقدر على إعتاق عبده ، وبقولهما قال مالك .

ولأبي حنيفة - رحمه الله - وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطًا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل ، لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه ، وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه ، فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه ؛ لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حرًا يرث عن حر، وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة ؛ لأن الولد إن كان صغيرًا فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيرًا جعلا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر . قال : وإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينًا وفاء بمكاتبته

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - وهو الفرق بين الفصلين) ش: يعني فصل الولد المشترى في الكتابة وفصل الولد المولود فيها م: (أن الأجل يثبت شرطًا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى) ش: أي الولد المشترى م: (لم يدخل) ش: أي في العقد م: (لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه) ش: أي حكم العقد إلى الولد م: (لانفصاله) ش: أي لكونه منفصلاً وقت العقد لا تبعًا له .

م: (بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل) ش: أي لكونه متصلاً به م: (وقت الكتابة ، فيسري الحكم إليه ، وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه) ش: أي حيث دخل الولد المولود في الكتابة في حكم عقد الكتابة سعى في نجوم والده المكاتب .

م: (فإن اشترى ابنه ثم مات) ش: ذكر تفريعًا على مسألة القدوري ، وهو من مسائل الجامع الصغير م: (وترك وفاء ورثه ابنه ، لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته ؛ يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حرًا يرث عن حر ، وكذلك) ش: الحكم م: (إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) ش: قيد به ، لأنه لو كانا مكاتبين كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه ، كذا ذكره المحبوبي م: (لأن الولد إن كان صغيرًا فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيرًا جعلا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته) ش: أي بحرية الولد في حال حرية الأب م: (في تلك الحالة) ش: يعني آخر جزء من أجزاء حياته م: (على ما مر) ش: من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينًا وفاء بمكاتبته) ش: أي ترك دينًا على الناس فيه وتأييد الكتابة إنما قال دينًا ، لأنه لو كان عينًا لا يتأتى القضاء بالإلحاق بالأم ، إذ يمكن الوفاء في الحال .

فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب ؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء إلى موالي الأب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً . وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز ، لأن هذا الاختلاف في الولاء مقصود ، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقر الولاء على موالي الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب ، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء ، فلهذا كان تعجيزاً

قال السغناقي : ذكر هذه المسألة والتي بعدها وهي قوله : فإن اختصم موالي الأم إلى آخره لبيان الفرق بينهما م: (**فجنى الولد فقضى به**) ش: أي بأرش الجناية أو بموجب الجناية م: (**على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب ، لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة**) ش: وكل ما يقرر شيئًا لا يبطله م: (**لأن من قضيتها**) ش: أي قضية الكتابة م: (**إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم**) ش: فلا ينافي القضاء على عاقلها كون الأب مكاتبًا .

م: (**لكن على وجه**) ش: يعني استلزام الكتابة إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه م: (**يحتمل أن يعتق**) ش: المكاتب م: (**فيجر الولاء إلى موالي الأب**) ش: لأن الولاء كالنسب ، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه كما إذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه ، فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم ثبوت ملزومه م: (**والقضاء بما يقرر حكمه**) ش: أي حكم عقد الكتابة م: (**لا يكون تعجيزاً**) ش: لأن كل ما يقرر شيئًا لا يبطله لئلا يعود على موضوعه بالنقض .

م: (**وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه**) ش: هذه هي المسألة الثانية ، صورتها مات هذا الولد بعد الأب واختصم موالي الأب وموالي الأم ، فقال موالي الأم مات رقيقًا والولاء لنا ، وقال موالي الأب مات حراً والولاء لنا م: (**فقضى به**) ش: أي بولايته م: (**لموالي الأم فهو قضاء بالعجز**) ش: فتفسخ الكتابة اقتضاء م: (**لأن هذا الاختلاف في الولاء مقصود**) ش: لأن كلاً من الفريقين قصدهم الولاء م: (**وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً، واستقر الولاء على موالي الأم ، وإذا بقيت**) ش: أي الكتابة م: (**واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب ، وهذا**) ش: أي بقاء الكتابة وانتقاضها م: (**فصل مجتهد فيه**) ش: لما ذكرنا أن في مذهب زيد بن ثابت - رضي الله عنه - أن الكتابة تنفسخ لموت المكاتب ، فإذا كان كذلك م: (**فينفذ ما يلاقيه من القضاء**) ش: لأن صيانة القضاء المجمع عليه أولى من إمضاء كتابته ، واختلف الصحابة - رضي الله عنهم - في بقائها .

م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل نفوذ القضاء م: (**كان تعجيزاً**) ش: فتنفسخ الكتابة قبل فسخ

قال : وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك ، فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضًا عن العتق

الكتابة معنى على نفوذ القضاء ولزومه ، وذلك لصيانة القضاء عن البطلان ، وفي صيانته بطلان ما يجبر عليه وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح .

أجيب : بما ذكرنا آنفًا من أن صيانة القاضي . . . . إلى آخره .

ثم اعلم أن في مسألة الإرث إذا ظهر للولد ولاء من قبل الأب عند أداء البدل، فهو إلى الأم لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حياة المكاتب على موالي الأب ، لأنه إنما حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة ، فكان موالي الأم عند حياته مواليه حقيقة ، فلم يرجعوا بما عقلوا ، إنما يرجعون بما عقلوا عن جناية بعد موت الأب قبل أداء البدل ، لأن عتق الأب لما استند إلى حال حياته بين أن ولاءه كان لموالي الأب في ذلك الوقت ، وموالي لا يجبرون على الأداء فيرجعون بما أدوا .

وذكر التمرتاشي هذا الذي ذكرنا فيما إذا مات عن وفاء ، فإن مات لا عن وفاء قال الإسكاف - رحمه الله - : تنفسخ الكتابة ، حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة لا يقبل منه . وقال أبو الليث - رحمه الله - : لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه ، حتى لو تطوع قبل القضاء يقبل منه .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه**) ش: أراد أن المكاتب إذا أخذ شيئًا من الزكاة وأداه إلى مولاه من بدل الكتابة م: (**ثم عجز**) ش: أي عن الكتابة م: (**فهو طيب للمولى لتبدل الملك**) ش: أي لتغير الملك بتغير السبب م: (**فإن العبد يتملكه صدقة**) ش: أي حال كونه صدقة م: (**والمولى عوضًا عن العتق**) ش: أي يتملكه المولى حال كونه عوضًا عن العتق ، وفي بعض النسخ عوضًا عن العين .

فإن قلت : إن ملك الرقبة للمولى فإنه يتبدل الملك .

قلت : إن ملك الرقبة للمولى مقلوب في مقابلة ملك السيد ، ولهذا التصرف للمكاتب لا للمولى ، وله أن يمنع المولى من التصرف وبالعجز يصير الأمر على العكس ، فكان تبدلاً وقد نظر صاحب العناية فيه بأن قال لا نسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين ، ولعل أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً .

قلت : أول كلامه منع مجرد ، والثاني دعوى بلا برهان . وقوله ولعل الأولى فيه نظر ، لأنه لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة ، وليس المراد منه التبدل حقيقة بأن يراد تبدل الذات ، وإنما المراد التبدل الحكمي فافهم .

وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة - رضي الله عنها - « هي لها صدقة ولنا هدية » . وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك، فلا نطيبه ، ونظيره المشتري شراءً فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد - رحمه الله - ظاهر ، لأن بالعجز يتبدل

م: (**وإليه**) ش: أي وإلى التبدل ويحل بعد التبدل م: (**وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة- رضي الله عنها - هي لها صدقة ولنا هدية**) ش: يروى عنها قالت : جاءتني بريرة فقالت : إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، قالت : إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها ورسول الله ﷺ جالس فقالت : إني قد عرضت ذلك عليهم قالوا : إلا أن يكون الولاء لهم . فسمع ذلك رسول الله ﷺ فأخبرته عائشة - رضي الله عنها - ، فقال : « خذيها واشترطي الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » ففعلت عائشة - رضي الله عنها - ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله ثم قال : « **أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله حق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق** » .

وأخرج البخاري ومسلم أيضًا ودخل النبي ﷺ وبرمته على النار فقرب إليه خبزًا وإدام من أدم البيت فقال : « لم أر البرمة » فقيل لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة ، قال : « **هو لها صدقة ولنا هدية** » .

م: (**وهذا**) ش: أي الحكم المذكور م: (**بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي**) ش: أي بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذه من مال الزكاة لغني أو هاشمي فإنه لا يباح لهما م: (**لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا نطيبه**) ش: فلم يتبدل سبب الملك ، ولهذا ليس للضيف أن يعطي شيئًا مما تقدم عليه ، لأنه لم يصر ملكًا حتى يتولى الإعطاء إلى الغير .

م: (**ونظيره**) ش: أي نظير ما ذكر م: (**المشتري شراءً فاسداً**) ش: بأن اشترى رجل طعامًا مأكولاً بيعًا فاسداً م: (**إذا أباح لغيره لا يطيب له**) ش: أي لا يطيب للغير تناوله ، لأن في الأولى الملك غير مستقر لوجوب الفسخ ، بخلاف الثاني م: (**ولو ملكه يطيب**) ش: بأن باعه بيعًا صحيحًا أو وهبه حل له التناول .

م: (**ولو عجز قبل الأداء إلى المولى**) ش: أي ولو عجز المكاتب عن الكتابة قبل أداء ما أخذه من الزكاة إلى المولى م: (**فكذلك الجواب**) ش: يعني أنه طيب للمولى على الصحيح م: (**وهذا**) ش: أي وكون هذا طيبًا قبل الأداء أيضًا م: (**عند محمد - رحمه الله - ظاهر ، لأن بالعجز يتبدل**

الملك عنده ، وكذا عند أبي يوسف - رحمه الله- وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده ، لأنه لا خبث في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمته ، والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه ، والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما ، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده . قال : وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدي ، لأن هذا . موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالمًا بالجناية عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع ، فإذا زال

الملك عنده) ش: بقيد الملك ، فإن عند المكاتب إذا عجز ملك المولى إكسابه ملكًا مبتدأ، وهذا وجب نقض الإجارة في المكاتب إذا أجر أمته ظئراً ثم عجز م: (**وكذا عند أبي يوسف - رحمه الله-**) ش: أي وكذا يطيب له عند أبي يوسف أيضًا .

م: (**وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده**) ش: فإن للمولى نوع ملك في إكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ، ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ، ولهذا إذا أجر المكاتب أمته ظئراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة م: (**لأنه لا خبث في نفس الصدقة**) ش: وإلا لما فارقها أصلاً م: (**وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً به**) ش: أي بالأخذ م: (**فلا يجوز ذلك**) ش: أي الإذلال والهوان م: (**للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه ، والفقير إذا استغنى وقد بقي**) ش: أي والحال أنه قد بقي م: (**في أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما**) ش: أي لابن السبيل الواصل وطنه، والفقير الذي استغنى . ولهذا لو مات ابن السبيل والفقير حل لوارثهما الغني ما تركاه من الصدقة .

م: (**وعلى هذا**) ش: أي على ما ذكرنا م: (**إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده**) ش: لأن الخبث ليس في نفس الصدقة وقد قال بعض المشايخ على قول أبي يوسف لا يطيب ، لأن المكاتب عنده لا يملك إكسابه ملكًا مبتدأ وبالعجز يتأكد ذلك ، والصحيح ما ذكره المصنف على الإطلاق ، فلذلك بينها عليه بالصحيح .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه**) ش: أي فإن المكاتب الذي عجز م: (**يدفع**) ش: على صيغة المجهول ، أي يدفع إلى ولي الجناية م: (**أو يفدي**) ش: على صيغة المجهول أيضًا ، أراد أن المولى لا يكون مختاراً م: (**لأن هذا موجب جناية العبد في الأصل**) ش: أي لأن هذا الحكم يعني أحد الأمرين هو مقتضى جناية العبد في أصل المسألة كما علم في بابه م: (**ولم يكن**) ش: أي المولى م: (**عالمًا بالجناية عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع**) ش: لتعذره م: (**فإذا زال**) ش: أي المانع م:

عاد الحكم الأصلي ، وكذلك إذا جنى المكـاتب ولم يقض به حتى عجـز لما قلنا من زوال المانع ، وإن قضى به عليه في كتابة ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء ، وهذا قول أبي حنيـفة ومحـمد - رحمـهما الله - ، وقـد رجع أبو يوسف -رحمـه الله - إليه ، وكان يـقول أولاً : يباع فـيه وإن عـجز قـبل القضـاء ، وهو قول زفـر، لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت انعقدت مـوجبة للقيمة ، كما في جناية المدبر وأم الولد .

ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال

(**عاد الحكم الأصلي**) ش: وهو الدفع والفداء .

م: (**وكذلك**) ش: أي وكما مر من عـود الحكم الأصلي م: (**إذا جنى المكاتـب ولم يقض به**) ش: أي بموجب الجناية عليه م: (**حتى عجز**) ش: عن الكتابة ، يعني يدفع أو يفدي م: (**لما قلنا من زوال المانع**) ش: من الدفع م: (**وإن قضى به عليه في كتابته**) ش: أي وإن قـضى بموجب الجناية على المكاتب م: (**ثم عجز فهو دين**) ش: أي ما قضى به من موجب الجناية دين في ذمته م: (**يباع فيه**) ش: وعند الثلاثـة بالـعجز يـرد إلى الـرق يجبر سيده ، وعند زفر - رحمـه اللـه - وهـو قـول أبي يوسف -رحمه الله - أولاً يباع في قيمته في الفصلين ، إلا أن يقضي المولى عنه على ما يأتي الآن م: (**لانتقـال الحق من الرقبـة إلى قيمته بالقـضاء**) ش: أراد انتـقـال الحق بالقـضـاء من الموجب الأصلي وهـو دفع الرقـبـة إلى القـيـمـة قـبل زوال المانع ، فـإذا زال لـم يعـد الحكم الأصلي صيـانة القضاء م: (**وهذا قول أبي حنيفة ومـحمد -رحمهما الله - وقـد رجع أبو يوسف -رحمه الله - إليه**) ش: أي إلى قولهما .

م: (**وكان يقول أولاً : يباع فيه**) ش: أي في موجب الجناية م: (**وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر ، لأن المانع من الدفع**) ش: إلى ولي الجناية م: (**وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت**) ش: الجناية م: (**انعقـدت موجبة للقيمة كـما في جناية المدبر وأم الولد**) ش: فإن جنايتهما موجبة للقيمة بنفس الوقـوع ، إلا أن حكم جناية المدبر وجـوب القـيـمـة على المولى ، لأن كـسبـه لـه ، وحكم جناية المكاتب ، لأن كسبه ملكه .

وقوله : انعقدت موجبة يشير إلى أن الـواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أرش الجناية ، وهو مخالف لما ذكر من رواية الكرخي و« المبسـوط » أن الواجب هو الأول من القيمة ومن أرش الجناية ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية .

م: (**ولنـا أن المانـع**) ش: من الحكـم الأصلي م: (**قـابل للزوال**) ش: لقبـول الكتـابة الفسخ والزوال م: (**للتردد**) ش: أي لتردد المكاتب بين أن يؤدي فيعتق وبين أن يعجز فيرد إلى الرق م: (**ولم يثبت الانتقال في الحال**) ش: أي الانتقال عن الموجب الأصلي .

فيتوقف على القضاء والرضاء وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد ، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال. قال : وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه ، وقيل له أد المال إلى ورثة المولى على نجومه، لأنه استحق الحرية على هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك ، فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء ،

فإن قيل : قوله ولم يثبت الانتقال عن الحال متنازع فيه ، لأن مذهب زفر - رحمه الله - أن جناية المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضاء والقضاء ، فما وجب أخذه في الدليل .

قلنا : ظهوره فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان عود الموجب الأصلي . م: (**فيتوقف على القضاء والرضاء ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا**) ش: أي لحكم العبد المبيع الآبق قبل القبض حكم المكاتب المذكور م: (**بخلاف التدبير والاستيلاد ، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال**) ش: فكان الموجب في الابتداء هو القيمة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب**) ش: أي العبد المكاتب م: (**إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه**) ش: لإفضائه إلى وصوله . الحاصل أن الحرية حق العبد ، والكتابة سببها ، فتكون الكتابة حقه ، والحق لا يبطل بالموت كما لو كان على آخر دين ومات الآخر م: (**وقيل له**) ش: أي للمكاتب م: (**أد المال إلى ورثة المولى على نجومه**) ش: أي مؤجلاً م: (**لأنه استحق الحرية على هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ، ولا يتغير**) ش: وهذا لأن المولى لما كان صحيحًا صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه ، بخلاف ما إذا كان مريضًا وكاتب ، فإن المكاتب يؤدي ثلث القيمة حالاً أو يؤدي رقيقًا لأنه لما كان مريضًا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كإسقاطه .

فإن قلت : أين علم ها هنا أن المولى كان صحيحًا .

قلت : وضع المسألة على الإطلاق يدل على ذلك ، لأن ذلك هو المطلق من الأحوال . م: (**إلا أن الورثة**) ش: استثناء من قوله فلا يتغير قبل ، كأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل ، فصار للورثة وهو نظير ، فقال : إلا أن الورثة م: (**يخلفونه في الاستيفاء**) ش: فلا يكون تغيراً في عود الكتابة لأنها باقية ، كما كانت ، فكما أن في سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابة .

فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه ، لأنه لم يملكه، وهذا ، لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة ، وإن أعتقوه جميعًا عتق وسقط عنه بدل الكتابة ، لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم ، وقد جرى فيه الإرث ، وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى ، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه ، لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحًا لعتقه ، والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب

وقال الطحاوي في « مختصره » : ومن مات وله مكاتب كاتب المكاتبة التي على المكاتب موروثة من مولاه كما يورث عنه سائر أمواله سواها ، وكان للمكاتب إذا أدى لمولاه لا لورثته . وقال الأسبيجابي في « شرحه» : المكاتب لا يورث وإنما يورث ما في ذاته من الكتابة ، فإن أدى وعتق يكون الولاء من الميت لا من الورثة حتى أنه يرثه المذكور من عصبة الميت دون الإناث .

م: (**فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه ، لأنه لم يملكه**) ش: أي لأن المعتق لم يملك المكاتب حتى يصح عتقه . وفي شرح « الأقطع » : وقال الشافعي - رحمه الله - ينفذ عتقه ، وهذا الخلاف فرع على أصل وهو أن المكاتب لا يصح بيعه ولا يصح أن يملك .

وقال الشافعي- في أحد قوليه- : يجوز م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك ، فكذا بسبب الوراثة**) ش: فإن لم يملك لم يصح عتقه ، لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم م: (**وإن أعتقوه جميعًا**) ش: أي مجتمعين م: (**عتق**) ش: استحسانًا ، والقياس أن لا يعتق هنا أيضًا ، لأنه أضيف تصرفهم إلى ما ليس بملكهم ، غير أن الاستحسان جوزه فصح م: (**وسقط عنه بدل الكتابة ، لأنه**) ش: أي لأن عتقهم جميعًا م: (**يصير إبراء عن بدل الكتابة**) ش: هذا وجه الاستحسان م: (**فإنه**) ش: أي بدل الكتابة م: (**حقهم وقد جرى فيه الإرث**) ش: أي في بدل الكتابة فلهم أن يتركوا حقهم .

م: (**وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ، كما إذا أبرأه المولى**) ش: فإنه كان يسقط ويعتق ، فكذلك ها هنا م: (**إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة**) ش: وهذا جواب عما يقال اجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه فقال : م: (**لا يصير**) ش: أي إعتاق أحد الورثة ، وفي بعض النسخ لا يكون م: (**إبراء عن نصيبه ، لأنا نجعله إبراء**) ش: أي لأنا نجعل إعتاق الكل إبراء م: (**اقتضاء**) ش: أي بطريق الاقتضاء هم يجعلون غير المنطوق منطوقًا لتصحيح المنطوق م: (**تصحيحًا لعتقه**) ش: لأنه لا يتصور من الورثة إلا بهذا الطريق ، لأنهم ما ملكوا فجعل إعتاقهم إبراء للبدل تصحيحًا لتصرفهم وصونًا لكلامهم عن الإلغاء .

م: (**والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض**) ش: أي الإعتاق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض بدل الكتابة م: (**أو أدائه**) ش: أي أو أداء بعض البدل وقوله م: (**في المكاتب**) ش: يرجع إلى

لا في البعض ولا في الكل ، ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

الصورتين م: (لا في البعض) ش: أي لا يثبت في بعض المكاتب م: (ولا في الكل) ش: أي في كل المكاتب ، وفي بعض النسخ لا في بعضه ولا في كله ، إن أعتقه معلق بسقوط جميع البدل، فإذا لم يكن إثبات المقتضى لا يثبت المقتضى . م: (ولا وجه إلى إبراء الكل) ش: يعني في صورة إبراء البعض ، لأن الكل حق الكل وهو معنى قوله م: (لحق بقية الورثة والله أعلم) ش: لأن الكل مشتركون فيه .

فائدة : شرط الخيار جائز في عقد الكتابة عندنا خلافًا للثلاثة .

تمّ الجزء العاشر من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء الحادي عشر مبتدئًا بكتاب الولاء

* * *

فهرس المحتويات

كتاب الصلح

كتاب المضاربة

كتاب الوديعة

كتاب العارية

كتاب الهبة

كتاب الإجارات

كتاب المكاتب